Wird nach gemeinem Recht und B. G. B. die Condictio indebiti begründet durch eine in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis bewirkte Zahlung?

Inaugural-Dissertation

der

hohen Juristenfakultät der Landes-Universität Rostock

zur

Erlangung der Doktorwürde

vorgelegt von

Julian Schachian
z. Zt. Referendar in Wittstock.

BERLIN.
Druck von A. Seydel & Cie. G. m. b. H.
1903.

Meinen lieben Eltern.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0192

Inhaltsübersicht.

Behandlung der Frage nach gemeinem Recht.

Erster Teil.

Seite

Lässt an sich die condictio indebiti aus allgemeinen Grundsätzen sich herleiten für den Fall der Zahlung in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis? 13

1. Kapitel.

Die Wirkung der Koexistenz von Forderung und Gegenforderung 13
I. Kurze Skizzierung der Geschichte der Kompensation . . . 13
II. Kurze Skizzierung der in der Litteratur vertretenen Ansichten betreffend die Wirkung der Coexistenz von Forderung und Gegenforderung („ipso jure compensari“) . . . 15
III. Darlegung der hier vertretenen Affektionstheorie und Versuch einer Verteidigung derselben 21

2. Kapitel.

In Anwendung des im 1. Kapitel gewonnenen Resultats könnte an sich die condictio indebiti als allgemein giltige Klage angesehen werden 45

Zweiter Teil.

Die l. 10 D. 16,2 schliesst das gewonnene Resultat nicht aus, sondern bestätigt es 49

Dritter Teil.

Besprechung der in der Litteratur aufgestellten Konstruktionen der condictio indebiti, soweit sie von der hier vertretenen abweichen 52

Schluss.

Die wirtschaftliche Bedeutung der condictio indebiti 59

Behandlung der Frage nach B. G. B.

Erster Teil.

Seite

Die condictio indebiti des B. G. B. 63

Zweiter Teil.

Weder der Tatbestand des § 812 noch der des § 813 ist gegeben im Fall der Zahlung in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis 66

1. Kapitel.

§ 812.

I. § 812 ist deshalb nicht anwendbar, weil die dem B. G. B. zu Grunde liegende Auffassung von der Aufrechnungssituation eine Anwendung dieses Paragraphen ausschliesst 66

II. Besprechung der Theorie der „suspensiven Tilgung“ und Darlegung der Unmöglichkeit einer Anwendung des § 812 68

III. Besprechung der Kohlerschen Theorie. Auch sie schliesst die Anwendung des § 812 aus 79

IV. Der geschehenen Zahlung kann auch nicht nachträglich die causa entzogen werden 80

2. Kapitel.

§ 813.

I. § 813 kann nicht angewendet werden, weil der Begriff der Aufrechnung sich nicht mit dem der Einrede verträgt . . 82

II. Besprechung des Versuchs, § 813 aus dem Gesichtspunkt der „facultas alternativa“ für anwendbar zu erklären . . 86

III. Auch eine analoge Anwendung des § 813 ist unmöglich . . 87

Schluss.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Mangels der condictio indebiti 88

Litteratur-Verzeichnis.

(Soweit nichts anderes bemerkt ist, sind die Werke nur nach dem Namen der Autoren citiert.)

Appleton, Histoire de la compensation en droit Romain in den „Annales de l'université de Lyon". Paris 1895.

Arndts, Pandekten. 7. Aufl. Stuttgart 1872.

Asher, Georg, Die Kompensation im Zivilprozess des klassischen römischen Rechts. Ein rechtsgeschichtlicher Versuch Berlin 1863.

Baehr, Otto, Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund. 1. Aufl. Kassel 1855.

Baron, Condictionen. Berlin 1881.

Bekker, Ernst Emanuel, Die Aktionen des römischen Privatrechtes. 2. Bd. Berlin 1878

Belian, Ist der Satz der l. 10 § 1 D. de comp. 16,2 allgemein gültig oder nur unter besonderen Umständen richtig? Erlanger Inaugural-Dissertation 1898.

Bernhöft und Binder, Die Auslegung des B. G. B. Leipzig 1902.

Bernstein, Alternativer Wille. Berlin 1878.

Bethmann — Hollweg, Dr. August, Beitrag zur Lehre der Kompensation. Im Rheinischen Museum. 1. Bd. 4. Heft. Bonn 1827.

Betzinger, Beweislast. Karlsruhe 1894.

Brinz, Dr. Alois, Die Lehre von der Kompensation. Eine zivilistische Abhandlung. Leipzig 1849 (citiert Brinz).

Derselbe, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1857 (citiert Brinz Lehrbuch).

Derselbe, „Noch einmal ipso jure compensari", im Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechtes, herausgegeben von Bekker und Muther. Bd. 1. Leipzig 1857. p. 24 (citiert Brinz: Jahrbuch des gem. Rechts).

Derselbe, Zur Geschichte der Kompensation in der kritischen Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft. Bd. 19. München 1877. p. 321.

Buccerius, Erörterungen der Begriffe: Einrede, exceptio und Einwendung. Göttingen 1899.

Büchel, Zivilrechtliche Erörterungen. Bd. II. Marburg und Leipzig 1839.

Carus, Selbständige Klagbarkeit der gesetzlichen Zinsen. Halle 1876.

Collatz, Vermögensverschiebung. Berlin 1899.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. u. 2. Bd. 3. Aufl. Jena 1900/1901.

Christiansen, „Naturalis obligatio." Kiel 1844.

Deichmann, Zur Lehre von der Kompensation bei einer Mehrheit von Forderungen in Gruchots Beiträgen. 42. Jahrg. Berlin 1898.
Dernburg, Dr. Heinr., Geschichte und Theorie der Kompensation nach römischem und neuerem Rechte. 2. Aufl. Heidelberg 1868 (citiert Dernburg).
Derselbe, Pandekten. Bd. I. 6. Aufl. Berlin 1900. Bd. II u. III. 5. Aufl. Berlin 1897 (citiert Dernburg Pand.).
Derselbe, Das Bürgerliche Recht. II. 1, 2. II 1 Halle 1899. II 2 Halle 1901 (citiert Dernburg B. G. B.).
Dirksen, Manuale. Berlin 1837.
Donelli, Commentarii de iure civili. Nürnberg 1824.
Eck, Rezension von Eiseles Monographie. Jenaer Litteraturzeitung Bd. 4. Jena 1877.
Eisele, Zur Lehre von der Kompensation im Archiv für die zivilistische Praxis. Bd. 55. Heidelberg 1872 (citiert Eisele Archiv. Bd. 55).
Derselbe, Die Kompensation nach römischem und gemeinem Recht. Berlin 1876 (citiert Eisele).
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I. 7. Aufl. Berlin 1900 (citiert Endemann).
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 11, 17. Leipzig 1884/1887.
Enneccerus und Lehmann, Bürgerliches Recht. Bd. I u. II. Marburg 1900.
Erxleben, Condictiones sine causa. Leipzig 1850.
Fiegen, Verzicht auf die Kompensationsbefugnis. Erlanger Diss. 1896.
Figge, Begriff der Unwirksamkeit im B. G. B. Berlin 1902.
Friedenthal, Einwendungen und Einrede in der Zivilprozessordnung und im B. G. B. Jena 1898.
Fröhlich, Worin liegt das Eigentümliche der Aufrechnung? Erlanger Dissertation. 1898.
Fuhr, Zur Lehre von der Kompensation. Im Archiv für praktische Rechtswissenschaft. Bd. I. Regensburg 1852.
Gareis, Allgemeiner Teil des B. G. B. Berlin 1900.
Geib, Theorie der gerichtlichen Kompensation. Tübingen 1897.
Goldschmidt, Dr. Ludwig, Gutachten über den § 283. Verhandlungen des 21. Juristentages. Bd. I. Berlin 1891.
Goldschmidt, James, Widerspruch gegen die Aufrechnungserklärung. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 15. Berlin 1899.
Götte, Zwei Streitfragen. Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 17. Berlin 1900.
Gradenwitz, Anfechtuug beim Irrtum. Berlin 1902.
Haas, Condictio indebiti nach gemeinem Recht und B. G. B. Rostocker Dissertation 1901.
Hartter, Römisch-deutsche Kompensation. München 1837.
Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte. Leipzig 1899.
Hertzberg, Die Aufrechnung des B. G. B. ein „merum ius compensationis". Erlanger Dissertation 1898.
Kanold, Beiträge zur Lehre von der Aufrechnung. Nach römischem Recht und gemeinem Recht. Berliner Dissertation 1888.

Kohler, Kompensation und Prozess. Zeitschrift für Zivilprozess Bd. 20. Berlin 1894 (citiert Kohler XX).
Derselbe, Die Aufrechnung nach dem B. G. B. Zeitschrift für Zivilprozess. Bd. 24. Berlin 1898 (cit. Kohler XXIV).
Koch, Recht der Forderungen nach gem. u. preuss. Recht. Berlin 1859.
Kretzschmer, Secum pensare. Giessen 1886.
Krug, Kompensation. Leipzig 1833.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. Berlin 1899.
Liebknecht, Vorbehaltszahlung und Eventualaufrechnung. Berlin 1899 (citiert Liebknecht: Vorbehaltszahlung).
Derselbe, Kompensationsvollzug und Kompensationsvorbringen nach gemeinem Recht. Berlin 1897 (citiert Liebknecht: Kompensationsvollzug).
Lenel, Exceptionen. Heidelberg 1876 (citiert Lenel).
Derselbe, Quellenforschungen in den Ediktskommentaren. Savigny-Zeitschrift Bd. 4. Weimar 1883.
Leist, Zur Geschichte der römischen societas. Jena 1881.
Leonhard, Aufrechnung. Göttingen 1857.
Leonhard, Franz, Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Unwirksamkeit der Rechtsgeschäfte. Iherings Jahrbücher. Bd. 41. Jena 1900.
Lippmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 43. Rückwirkung und Rechtsgesch. der Aufrechnungserklärung. Jena 1901 (citiert Lippmann in Jherings Jahrbüchern Bd. XXXXIII).
Lippmann in Jherings Jahrbüchern Bd. 32. Zur Lehre von der Kompensation nach dem Entwurf. Jena 1893 (citiert Lippmann in Jherings Jahrbüchern Bd. XXXII).
v. Liszt, Deliktsobligationen. Berlin 1898.
v. Madai, Statuliberi. Halle 1834.
v. Mayr, Condictio des römischen Privatrechts. Leipzig 1900.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 3. Aufl. Bd. I und II. Berlin 1900.
Motive zu dem Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin und Leipzig 1886.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899 (citiert Oertmann Kommentar).
Oertmann, Zivilistische Rundschau im Archiv für Bürgerliches Recht. Bd. 13, 1897 Berlin — Bd. 14, 1898 Berlin — Bd. 17, 1900 Berlin (citiert Oertmann bei Kohler und Ring 13, 14, 17).
Pernice, Labeo. Bd. II, III. 2. Aufl. Halle 1895.
Derselbe, Ulpian als Schriftsteller in dem Sitzungsbericht der Akademie der Wissenschaften. Berlin 1885.
Pfersche, Die Bereicherungsklage. Wien 1883.
Pescatore, Alternative Obligation. Marburg 1880.
Planck, Bürgerliches Gesetzbuch. Bd. II. 1. u. 2. Aufl. Berlin 1900.
Priester, „Ipso jure compensatur." Frankfurt a. M. 1897.
v. Savigny, System des römischen Rechts. Bd. II, III, IV, V. Leipzig 1840/44.
v. Scheurl, Beiträge zum römischen Recht. Bd. I. Erlangen 1853.
Schlichting, Aufrechnung nach B. G. B. Rostocker Dissertation 1901.

Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schwanert, Kompensation nach römischem Recht. Rostock 1877.
Siber, Kompensation und Aufrechnung. Leipzig 1899.
Sintenis, Von der prozessualen Natur der Kompensation. Zeitschrift für Zivilrecht und Prozess. Bd. 18. Giessen 1843.
Stampe, Kompensationsverfahren. Leipzig 1886.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staudinger, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Stölzel, Schuluug für die civilistische Praxis. Berlin 1898.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht Weimar 1878.
Ubbelohde, „Ipso iure compensatur". Göttingen 1858.
Unger, Oesterr. Allg. Privatrecht. Leipzig 1879.
Unterholzner, Recht der Schuldverhältnisse. Bd. I, II. Leipzig 1840.
v. Vangerow, Pandekten. Bd. I, II, III. 7. Aufl. Marburg und Leipzig 1863/1869.
Voigt, Condictiones. Leipzig 1862.
Wach, Prozessvollmacht und Einrede der Aufrechnung. Zeitschrift für Zivilprozess. Bd. 27. Berlin 1900.
Wächter, Pandekten. Bd. II. Leipzig 1881.
Weissmann, Aufrechnung nach B. G. B. Zeitschrift für Zivilprozess Bd. 26. Berlin 1899.
Windscheid, Pandekten 8. Aufl. Bearbeitet von Kipp. Frankfurt a. M. 1900/1901. Daneben auch die älteren Auflagen. (Citiert Windscheid).
Derselbe, Voraussetzung. Düsseldorf 1850 (citiert Windscheid: Voraussetzung).
Witte, Bereicherungsklage des gemeinen Rechts. Halle 1859.
Zimmermann, Beiträge zur condictio indebiti. Giessen 1868.
Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft. Leipzig 1879.

Das nämliche Thema behandelt:

Marckwald, Hans Gerald, Die condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis nach gemeinem Recht und B. G. B. für das deutsche Reich. Rostocker Dissertation 1901.

Behandlung der Frage nach gemeinem Recht.

Erster Teil.

Lässt an sich die Condictio indebiti aus allgemeinen Grundsätzen sich herleiten für den Fall der Zahlung in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis?

1. Kapitel.

Die Wirkung der Koexistenz von Forderung und Gegenforderung.

I.

Kurze Skizzierung der Geschichte der Kompensation.

Dem ältesten römischen Recht ist die Kompensation fremd.[1] Bildet doch die altrömische Obligation eine „starre, in sich schroff abgeschlossene Individualität".[2] Mit dem zunehmenden Handelsverkehr wird die Aufrechnung ein wirtschaftliches Bedürfnis. Und, wie stets, so weiss auch hier der Menschengeist die starren Formen des Rechts zu meistern und seinen Zwecken dienstbar zu machen. Die fortschreitende Jurisprudenz sucht ein Mittel, den wirtschaftlichen Effekt der Aufrechnung zu erreichen, in der Acceptilation,[3] die, mit jeder der beiden Obligationen vorgenommen, als contrarius actus die Obligationen tilgt. Dies ist die Vorstufe zur Entwickelung der Kompensation, aber nur die Vorstufe. Denn das Wesen der Kompensation besteht in seiner Erzwingbarkeit. Die Acceptilation ist Vertrag.

Die veränderten sozialen Verhältnisse schufen mit Notwendigkeit den Stand der Argentarier, welche die

---

[1]) Krug S. 35.
[2]) Asher S. 1.
[3]) Dernburg S. 16/17.

wirtschaftlichen Verhältnisse in um so erheblicherer Weise beherrschten, als es in Rom keine öffentlichen Banken gab.[4] Diese Bedeutung der Argentarier für das soziale Leben verlangte strengste Gewissenhaftigkeit, Sondergesetze waren erforderlich gegen mangelnde Loyalität.[5] Eines dieser Sondergesetze zwingt die Argentarier zum „agere cum compensatione". Schon die „intentio" muss auf das Minus lauten bei Vermeidung der Folgen einer „plus petitio".[6] [7]

Seit Ciceros[8] Zeiten wurde bei den „bonae fidei judicia" die Kompensation zugelassen, ohne dass es einer exceptio bedurfte, da ja von den „bonae fidei judicia" der Satz gilt: „exceptio doli inest".[9] Die Berücksichtigung der Kompensation unterlag dem Ermessen des Privatrichters. Die Zulassung der Kompensation ist in die „potestas" des Richters gestellt.[10] Eine Pflicht für den Privatrichter betreffs der Zulassung der Kompensation bestand nicht, wie man jetzt wohl nach Studemundts Entzifferung von Gajus IV § 63 als sicher annehmen kann.[11] „Liberum est tamen judici nullam omnino compensationis rationem habere".

Zeitlich keinesfalls vor der Kaiserzeit[12] wurde die Kompensation bei „stricti juris judicia" zugelassen, jedoch nur dann, wenn bereits die exceptio doli in die Formel aufgenommen war; dies hatte aber als Wirkung die Klageabweisung, nicht die Verurteilung auf das Minus.[13]

---

[4]) Dernburg S. 22.

[5]) Vgl. Dernburg S. 24 und die dort abgedruckte Stelle aus Plautus.

[6]) Gajus IV § 64.

[7]) Für den Konkurs bildete sich das „agere cum deductione" heraus, ein Rechtsinstitut, das insofern von der normalen Kompensation abweicht, als weder Fälligkeit noch Gleichartigkeit der Forderungen verlangt wurde. Dernburg, Pandekten II. S. 173.

[8]) Dernburg, S 85.

[9]) Eisele S. 3 ff. ist der Ansicht: die Kompensation habe sich nicht in den „bonae fidei judicia", sondern hauptsächlich in den „stricti juris judicia" entwickelt. Denn nach Gajus IV §§ 61, 62 habe dort der Entwickelung ein Hemmnis insofern entgegengestanden, als bei „bonae fidei judicia" die „eadem causa" notwendige Voraussetzung der Kompensation war.

[10]) Gajus IV § 63, vgl. Schwanert S. 28.

[11]) Eisele S. 143/144 bezweifelte dies. Vgl. dagegen Dernburg Pand. II. S. 174.

[12]) Dernburg S. 175—190 vgl. auch Eisele S. 57.

[13]) Dernburg S. 184.

Nach dem Reskript Marc Aurels hatte — wenigstens nach der herrschenden Ansicht — die Aufnahme der exceptio doli die Verurteilung auf den Überschuss zur Folge.[14] Zu dieser Annahme führt m. E. eine unbefangene Interpretation der Institutionenstelle einerseits, der Paraphrase andererseits.

Durch die Doktrin und Praxis fortgebildet, findet dann die Entwickelung des Kompensationsrechts ihren gesetzlichen Abschluss in der lex ultima C. de comp. 4, 31.

II.

Kurze Skizzierung der in der Litteratur vertretenen Ansichten betreffend die Wirkung der Koexistenz von Forderung und Gegenforderung („ipso jure compensari").

„Ipso jure compensari" steht über der Tür, die uns in die römische Kompensationslehre einführt.

Zuerst[15] hat eine formelle Erklärung der Worte „ipso jure compensari" Donellus versucht. — Comm. jur. civil. lib. 16 c. 15 nr. 38. — „Ipso jure" stehe im Gegensatz zu „ope exceptionis" in dem Sinne, dass es zu einer Geltendmachung der Kompensation der exceptio nicht bedürfe. Diese Ansicht hat Brinz[16] in seiner „Kompensation" von neuem aufgenommen.

Fassen wir die formellen Erklärungen zusammen, so gipfeln sie in der Formel: In der Kaiserzeit sei „ope exceptionis" kompensiert worden, in späterer Zeit „ipso jure", und in diesem Sinne sei „ipso jure" von Justinian aufgenommen worden. Nun zeigt aber Dernburg,[17] dass Neratius und Pomponius (l. 4 D. h. t.) schon von „ipso jure compensari" reden, während andererseits Ulpian noch von einer „ope exceptionis" eintretenden Kompensation spricht: zu einer Zeit, in welcher Paulus bereits den Ausdruck „ipso jure compensari" verwendet. Dies scheint

---

[14]) Vgl. Siber S. 6, Dernburg S. 187—190, Ubbelohde S. 121, Stampe S. 74, Asher S. XI.

[15]) Nach Brinz Komp. S. 7 als erster, nach Ubbelohde S. 17 als einer der ersten.

[16]) Fernere Vertreter dieser Ansicht in der Neuzeit sind Schwanert S 49, Ubbelohde S. 180, vgl. auch S. 270. Gegen diese insbesondere Leonhard S. 98, vgl. auch Dernburg S. 306.

[17]) S. 305.

doch aber gegen eine zeitliche Aufeinanderfolge zu sprechen. Auch liegt keine Ursache vor, die erklären könnte, aus welchem Grunde plötzlich die historische Entwickelung abgebrochen und in einen anderen Lauf gedrängt worden sein sollte,[18] zumal in Anbetracht der Gefahr der „plus petitio" das Resultat zu wenig praktisch gewesen wäre.

Schon von Theophilus in seiner Pharaphrase zu § 30 J. 4, 6 aber ist die Ansicht vertreten worden, „ipso jure" stehe im Gegensatz zu „facto hominis". Durch die Koexistenz mehrerer Forderungen werde deren Erlöschen bewirkt. Von Martinus Gosias aufs neue verteidigt und von Tyndarus wieder aufgenommen, standen Jahrhunderte im Banne dieser Idee.[19] Viele Gründe hat man gegen diese Theorie gefunden. Zunächst ist in unseren Quellen das Eintreten der Kompensation in einen — gleichviel welchen — Zusammenhang mit dem menschlichen Willen gebracht. „Si velit compensare" l. 20 § 2 D. 40, 7 „utrum compensare an petere velit" l. 1 § 4 D. 27, 4 „eligere fideiussorum, quod compensare malit".[20] Für eine Betätigung des menschlichen Willens bleibt bei dieser Theorie aber kein Raum, da die Obligationen lediglich durch ihre Koexistenz, also ohne Rücksicht auf unseren Willen untergehen. Sodann spricht gegen diese Theorie die l. 7 § 1 D. 16, 2 („si rationem compensationis iudex non habuerit, salva manet actio"). Ferner spricht die l. 26 D. 22, 3 ausdrücklich vom Verzicht auf eine kompensable Forderung; auf ein nichtbestehendes Recht kann aber nicht verzichtet werden.[21] Der Untergang der Forderungen durch Koexistenz müsste auch im Fall der Korrealschuld sich zeigen, eine Wirkung, deren Gegenteil aber l. 10 D. 45, 2 bezeugt.

Trotz dieser Quellenstellen hat man auch in der neueren Doktrin die Theorie des Martinus in der l. 10 D. 16, 2 für das Verhältnis der socii untereinander als „jus singulare" des Sozietätsrechts aufrechterhalten wollen, zum Teil mit der Modifikation, die Stelle enthalte lediglich eine

---

[18]) Dernburg S. 306.
[19]) Vgl. Krug S. 97, Hartter S. 42, Asher S. 57.
[20]) Weitere Stellen s. bei Dernburg S. 295.
[21]) Dernburg S. 296.

Sonderansicht Ulpians.[22] Aus der engen Familiengenossenschaft hervorgegangen, — argumentiert Goldschmidt[22] — haften auch noch der „societas" der späteren Zeit Eigentümlichkeiten an, die nur durch den innigen Charakter einer vergangenen Epoche des Sozietätsrechts sich erklären lassen: so die Endigung der Sozietät durch „capitis diminutio", der Eigentumserwerb ohne Tradition bei der „societas omnium bonorum", das „beneficium competentiae" etc. Diesen Argumenten Goldschmidts könnte ich sogar zum Beweise für den innigen Charakter des römischen Sozietätsrechts noch hinzufügen: In l. 63 pr. D. 17, 2 spricht Ulpian, „cum societas jus quodamodo fraternitatis in se habeat", ein Wort, das Ulpian nicht Phrase ist.[23] Aber trotzdem glaube ich nicht, dass die Forderungen der Socii sich von selbst vernichten. Den entscheidenden Beweis für diese Ansicht glaubt Eisele in den Worten „desinere nos invicem esse obligatos, si ambo socii parem neglegentiam adhibuimus" (l. 10 pr. D. h. t.) zu finden. Die Stelle wird sich im folgenden vom Standpunkt der Affektionstheorie restlos erklären lassen. Hier sei gleich soviel bemerkt: Gerade diese Worte „d e s i n e r e n o s i n v i c e m e s s e o b l i g a t o s" sind der beste Beweis dafür, dass unmöglich Forderung und Gegenforderung der Socii sich von selbst tilgen können. Denn vom Standpunkt der Theorie des Martinus — und insoweit Eiseles — kann n i c von einem „esse obligatos", insbesondere auch gar nicht von einem „i n v i c e m esse obligatos" geredet werden, also auch nicht von einem Aufhören dieses Zustandes die Rede sein. — Denn schuldet der A dem B 100, und erwirbt A gegen B eine Forderung ebenfalls von 100, so gehen ja nach jener Theorie in dem Moment beide Forderungen unter, wo die Gegenforderung erworben wird. Der Erwerb der Forderung gegen B und ihr Untergang vollzieht sich nach jener Theorie in einer zeitlichen Einheit. Mit anderen Worten: „Es gibt keinen Zeitpunkt, wo B verpflichtet war. Ist aber immer nur der eine Teil obligiert gewesen, dann kann von einer wechselseitigen Verpflichtung keine Rede sein. Ein Zustand, der aber nicht be-

[22]) Vgl. hierzu Eisele S. 173/174, Stampe S. 22, Goldschmidt S. 126, Verhandlungen des 21. Juristentages Bd. I, Appleton S. 84.

[23]) Leist: „Societas" S. 27.

stand, kann nicht aufhören. Im übrigen liesse sich von diesem Gedanken aus leugnen, dass jemals in der Theorie des Martinus das quellenmässig erforderliche Moment der Gegenseitigkeit der Verpflichtung gegeben ist („invicem deberi"). Doch ich will den Gedanken nicht ins Unendliche fortspinnen; die Theorie des Martinus wird ja allgemein als unhaltbar angesehen.

Den Schwierigkeiten, dass die Quellen den definitiven Eintritt der Kompensation von einem Willensmoment abhängig machen, entgeht die Theorie, die zuerst von Azo aufgestellt wurde. Die Kompensation trete zwar „ipso jure" ein, aber nur unter der conditio juris, dass die Partei auf diesen Vonselbsteintritt sich beruft.[24]

1. Mit Recht macht Dernburg[25] demgegenüber geltend: wenn die Kompensation nur unter der Bedingung der Geltendmachung tilgende Wirkung hat, so trete sie durch diese Geltendmachung und nicht allein durch die Koexistenz der Forderungen ein. Die Geltendmachung der Aufrechnung ist die notwendige[26] Bedingung für die Tilgung der Obligationen; für diese Tilgung ist also das Geltendmachen der Aufrechnung causal.

2. Die Wirkungen, welche die Retrotraktionstheorie nur durch Fiktion zu erklären vermag, werden sich vom Standpunkt der Affektionstheorie restlos erklären lassen: so insbesondere die Sistierung des Zinslaufs.

3. Wir haben schon gesehen, dass eine Ipsojuretilgung nicht real angenommen werden kann, noch viel weniger sind wir aber befugt, „ipso jure" die Bedeutung einer Fiktion zu geben.[27] „Ipso jure compensari", „ipso jure compensationem haberi" heisst es schlechthin. Von einer Fiktion liegt in diesen Worten nichts.

Zu den materiellen Theorien gehören auch meist diejenigen Theorien, die den Kompensationsvollzug in einer

---

[24]) Vgl. Oertmann bei Kohler & Ring XIII. S. 124, vgl. auch Unger, Oesterreichisches Privatrecht II. S. 490, vgl auch Bethmann-Hollweg Bd. I. S. 257, Arendt S. 455—57, Fuhr, Archiv für praktische Rechtswissenschaft Bd. I. S. 122 ff.

[25]) S. 300.

[26]) Ueber die Formulierung des Kausalitätsbegriffs v. Liszt. Deliktsobligationen S. 69. Endemann S. 569.

[27]) Dernburg S. 300, Vangerow S. 301, vgl. auch Brinz Kompensation S. 95.

einseitigen Erklärung sehen. Durch Bartolus ad l. 4 de comp. war hier der Satz aufgestellt worden:

„hoc dico vobis, quod non est necesse ad exstinguendum debitum ipso jure, quod compensatio opponatur in judicio, sed ubicunque notifico tibi, quod volo debitum cum credito compensare, ipso jure tollitur obligatio."

Der Hauptvertreter des einseitigen Kompensationsvollzuges ist unter den Modernen: Kohler. Nach Kohler[28] werden durch den Kompensationszustand die Forderungen mit einer Einrede afficiert. Die Durchführung[29] der Kompensation, der Kompensationsvollzug, geschehe ausserhalb des Prozesses durch einseitige Erklärung. Auch im Prozess vollzieht nicht der Richter die Kompensation, sondern erklärt nur, dass die einseitige Erklärung der Partei „definitiv feststeht und ihr Ziel erreicht hat".

Den einseitigen Kompensationsvollzug nimmt für das neueste gemeine Recht auch Dernburg[30] in seinen Pandekten an. Leonhard vertritt auch die Ansicht, dass die Kompensation durch einseitige ausserprozessuale Parteierklärung geschieht, glaubt dies sogar für das Justinianeische Recht begründen zu können. Vor allem steht aber die Praxis auf diesem Standpunkt, so insbesondere die des Reichsgerichts.[31]

Dernburg[32] sieht in „ipso jure" den Gegensatz zur richterlichen Willkür. Ursprünglich sei die Kompensation als Rechtsinstitut dem römischen Recht fremd. Bei den „bonae fidei judicia"[33] hätten bedeutende Richter angefangen, die Kompensation nach Billigkeit des konkreten Falls anzuwenden, da ihnen ja hier in der Berücksichtigung der „bona fides" auch ein Recht zur Berücksichtigung der Kompensation gegeben gewesen sei. Das, was bisher im Einzelfall stattgefunden habe, die Berücksichtigung der „bona fides" in Bezug auf die Koexistenz

---

[28]) S. 2 XX.
[29]) S. 13 XX.
[30]) Dernburg Pandekten Bd. II. S. 178 Anm. 1.
[31]) Entscheidungen in Zivilsachen Bd. XI. S. 119.
[32]) Dernburg S. 310.
[33]) Dernburg S. 90 ff.

zweier Forderungen, sei zum „Gemeingut der Nation“ geworden. Das, was im freien Belieben des Richters gestanden habe, sei zum Recht geworden. So spreche bei den „bonae fidei judicia“ Gajus l. 18 § 4 D. 13, 6 von einem „ius pensationis“. Auch in den „stricti juris judicia“ werde seit Marc Aurel ein Recht auf Kompensation anerkannt. In diesem Sinne spreche Papinian in l. 36 D. 26, 7 von einem „merum jus compensationis“. „Ipso jure“ stehe im Gegensatz zum fakultativen Ermessen des Richters. „Ipso jure compensari“ bedeute: die Kompensation sei ein Recht der Partei geworden, ein „merum jus compensationis“. „Ipso jure“ stehe also nicht im Gegensatz zu „ope exceptionis“. Der Kompensationszustand erzeuge vielmehr eine exceptio perpetua. Aus dieser glaubt Dernburg die Wirkungen der Kompensation (Zinslauf-Sistierung etc.) erklären zu können.

Von der Anzahl Gründe, die man gegen Dernburg geltend macht, seien hier nur erwähnt: „Zunächst wäre es mindestens auffällig, wenn Justinian in lex ultima C. h. t. dem Richter wegen Illiquidität der Forderungen die Zurückweisung der Kompensation gestattet und dann gleichzeitig durch ein „ipso jure“ im principium die Loslösung der Kompensation vom freien richterlichen Ermessen als ein Ideal[34] hingestellt haben sollte. Dernburgs[35] Ausführungen basieren in l. 36 D. 26, 7: „merum jus compensationis“. Dieses „merum jus“ gebrauche in l. 16 D. 4, 4 Ulpian aber als identisch mit „ipsum jus“. So werde auch „ipso jure compensari“ nur bedeuten: die Kompensation sei ein feststehendes Recht der Partei geworden. Was lesen wir nun aber in l. 16 § 2 D. 4, 4? „Non enim ipso jure, sed per condictionem munitus est.“[36] Die condictio (indebiti)[37] ist doch gewiss ein feststehendes Recht, ein „merum jus“, und gleichwohl steht dies im Gegensatz zu „ipso jure“. Die notwendige Konsequenz ist doch zu sagen, „ipso jure“ sei der allgemeinere Begriff.[38] Keineswegs geschehe alles,

---

[34]) Schwanert S. 17, Eisele S. 145. Priester S 23, Ubbelohde S. 112.
[35]) S. 311.
[36]) Ubbelohde S. 99.
[37]) Ubbelohde S. 100.
[38]) Ubbelohde S. 100.

was „mero jure“ geschehe, „ipso jure“, also beweist Papinians Ausspruch in der lex cit. für Dernburg gar nichts. „Merum jus“ heisst das reine Recht; es steht im Gegensatz zur jurisdictio des Magistrats.[39]

Bevor wir zu der Theorie übergehen, der ich mich im wesentlichen anschliesse, sei noch die neuere Theorie von Brinz erwähnt.[40] Die Forderungen werden nach Brinz nicht aufgehoben, wohl aber der Schuldner befreit. Diese Befreiung habe nicht in der Aufhebung der Forderungen, sondern gerade darin ihren Grund, dass Forderung und Gegenforderung bestehen. Hervorgehoben sei, dass Brinz die Liberation nicht etwa wie Scheurl[41] als eine solche im wirtschaftlichen Sinne auffasst, sondern Liberation im juristischen Sinne annimmt und gleichwohl in eben demselben Sinne die Obligationen weiter bestehen lässt. Ich glaube, Eiseles[42] herbe Kritik ist nicht unberechtigt, bei dieser Konstruktion liege vor: eine „obligatio“ ohne einen „obligatus“, ein „debitum“ ohne einen „debitor“.[43]

III.

Darlegung der hier vertretenen Affektionstheorie und Versuch einer Verteidigung derselben.

Hauptsächlich von Dernburg und Windscheid ist der Satz vertreten, dass der Kompensationszustand eine „exceptio perpetua“ hervorbringe. Konsequent durchgeführt, ergibt als praktische Ergebnisse Dernburgs Theorie dieselben Resultate, wie die Windscheidsche.

Windscheid[44] sieht in „ipso jure“ ausgedrückt die zeitliche Beziehung, dass, wenn ich von meinem Kompensationsrecht Gebrauch mache, ich mir das Einrederecht nicht erst in diesem Moment schaffe, sondern von einem erworbenen Rechte Gebrauch mache. „Ipso jure“ tritt nicht ein die Tilgung der Forderungen, sondern die Kompensation, als eine von den Forderungen ausgehende Kraft,

---

[39]) Leonhard S. 104, Ubbelohde S. 100, Brinz Jahrbuch des gem. Rechts S. 27.
[40]) S. 36 Jahrbuch des gem. Rechts.
[41]) S. 169.
[42]) S. 215.
[43]) vgl. auch Brinz in seinem Lehrbuch Bd. II. S. 642.
[44]) Insbes. S. 432 Anm. 10.

welche die Forderungen mit einer exceptio perpetua afficiert und sie so nach der Seite ihrer Wirksamkeit aufhebt. Daraus, dass die exceptio perpetua die Forderungen nach der Seite ihrer Wirksamkeit aufhebt, erklärt sich die quellenmässig anerkannte Sistierung des Zinslaufs; daraus folgt als Konsequenz, dass mit der Koexistenz der Forderungen der Verzug und mit ihm der Verfall einer Konventionalstrafe ausgeschlossen ist.

Beide Voraussetzungen der hier vertretenen Affektionstheorie hat man bestritten.

1. Man hat die Bedeutung des Wortes „compensatio" lediglich auf den Aufrechnungsakt beschränken wollen[45] und hat geleugnet, dass „compensatio" die Kompensationskraft bedeuten könne, welche die kompensabelen Forderungen mit einer exceptio perpetua afficiere.

2. Man hat bestritten, dass in „ipso jure compensatur" „ipso jure" die zeitliche Beziehung des Erwerbs der Einrede bedeute.

Wir haben vorhin die l. 10 D. h. t. gestreift und dabei gesehen, dass auch auf dem Gebiet des Sozietätsrechts die Theorie des Martinus unhaltbar ist. In l. 10 pr. D. h. t. finden wir nun: „compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem". „Compensatio" kann also hier nicht bedeuten den durch die Koexistenz herbeigeführten Untergang der Forderungen. Kann „compensatio" hier heissen Kompensationsakt? Welchen Sinn sollte es haben, wenn der A dem B 100 schuldet, und der B dem A ebenfalls 100 schuldet, dass dann als Folge der Koexistenz eine menschliche Tätigkeit angesehen wird? „Compensatio" kann hier nur bedeuten eine von den Forderungen ausgehende Kraft, die sie mit einer exceptio perpetua afficiert.

Ferner finden wir[46] in l. 39 D. 24, 3: „paria delicta mutua pensatione dissolvuntur"; von einer Kompensationserklärung ist auch hier nicht die Rede.

In ähnlichem Sinne finden wir Stellen bei Cicero und Plinius.

Plinius, Paneg, 37, 5: „Inveniebantur,[47] quibus tantus

---

[45]) Dernburg S. 304, Vangerow S. 361, Eisele Archiv S. 173, Schwanert S. 14.

[46]) Vgl. Windscheid § 348 No. 3.

[47]) Vgl. auch Windscheid S. 426.

amor nominis nostri inesset, ut Romanam civitatem non vicesimae damno bene compensari putarent."

Cicero de officiis III, 4, § 14, „labores nostri magna gloria compensati mitigantur".[48]

Vielleicht lässt sich diese doppelte Bedeutung des Wortes „compensatio" dadurch erklären, dass man annimmt, „compensatio" sei nicht als einheitliches Wort entstanden, sondern sei einmal aus dem Transitivum (pendere), das andere Mal aus dem Intransitivum (pendere) gebildet worden.

Wenn Eisele[49] eingewendet hat, dass „compensatio" hier nicht im technischen Sinne gebraucht ist, so gilt dies nicht von l. 10 pr. D. h. t.

Zudem hat Siber[50] m. E. in überzeugender Weise dargetan, dass der technische Begriff der Kompensation in den Quellen ein anderer sei als in der gemeinrechtlichen Doktrin. Die Forderungskompensation stellt in den Quellen nur eine Seite des technischen Kompensationsbegriffs dar. Für die Quellen ist der Kompensationsbegriff von Delikten, „commodum cum damno", „quanti interfuit" ein durchaus technischer. Will man alle diese verschiedenen Bedeutungen von Kompensation unter einen gemeinsamen Begriff bringen, so kann man unter „compensatio" nur verstehen die Paralysierung rechtserheblicher Umstände, mag diese durch menschliches Tun herbeigeführt werden oder nicht. Für die Forderungskompensation als Unterart der allgemeinen Kompensation besteht in Anbetracht der l. 10 pr. D. h. t. keinerlei Ursache, diese Forderungskompensation lediglich auf den Fall zu beschränken, dass die Wirkung der „compensatio" eines menschlichen Handelns bedarf. Von diesem Standpunkt aus werden sich Wirkungen der Kompensabilität erklären lassen, welche in den Quellen mit den Worten „liberationem", „desinere esse obligatos" bezeichnet sind.

Ferner hat Schwanert[51] und mit ihm Eisele[52] einge-

---

[48]) Siber S. 63 glaubt auch eine Stelle aus Livius anführen zu können: „talentum ne minus octoginta ponderibus pendat", statt pendeat.

[49]) S. 141.

[50]) S. 64.

[51]) S. 14.

[52]) S. 142.

wendet: jede Einrede entstehe doch in dem Moment, wo ihre tatsächliche Grundlage gegeben sei, nicht erst in dem Moment, wo sie prozessual geltend gemacht werde. Es liege also keinerlei Veranlassung vor, den Moment der Begründung der Kompensationseinrede besonders durch die Worte „ipso jure“ hervorzuheben. Mit Recht, glaube ich, macht Windscheid[53] hiergegen geltend, man habe durch die Worte „ipso jure“ bei der Kompensationseinrede besonders hervorheben wollen, dass sie mit ihren tatsächlichen Voraussetzungen begründet sei. Denn da der Schuldner, sofern er von der Kompensationseinrede Gebrauch macht, seine Forderung vernichtet, also ein Opfer bringt, so lag hier besonders die falsche Vorstellung nahe, durch die Erklärung, durch dieses Aufopfern, werde erst die Kompensationseinrede begründet; und um diese falsche Vorstellung zu verhüten, hob man durch die Worte „ipso jure“ hervor, dass die „exceptio compensationis“ mit ihren tatsächlichen Voraussetzungen, also der Koexistenz der Forderungen, begründet sei. Die Einrede entstehe nicht erst dadurch, dass der Schuldner sie geltend macht, sondern sie sei begründet von Rechts wegen.

Leonhard[54] zweifelt unsere Theorie mit der Begründung an, in unseren Quellen werde „mit Vorliebe“ nicht die Kompensation, sondern gerade die Befreiung des Schuldners als „ipso jure“ eintretend bezeichnet: so in l. 4 D. h. t., in c. 4 C. h. t., in l. 10 pr. D. h. t. Darauf können wir aber erwidern: Wenn es in den Quellen heisst „ipso jure liberationem“, so wird nur statt der Ursache die daraus notwendig sich ergebende Wirkung gesetzt. Sofern die „compensatio“ eine exceptio perpetua hervorbringt, ist die notwendige Folge der „compensatio“ die „liberatio“ in dem Sinne von „desinit debitor esse is, qui nactus est exceptionem.“ l. 66 D. 50, 17. Die „liberatio“ ist eine derartig notwendige Folge der „compensatio“, dass beide Worte der Sprache fast als synonym erscheinen.

„Petitionem ratio compensationis excludit.[55]

---

[53]) S. 433 Anm. 10.

[54]) S. 98.

[55]) Betreffs des Ausdrucks „excludit“ vgl. Bekker Exceptionen S. 41, vgl. auch Dirksen sub „excludere“.

Betrachten wir diesen Satz im Zusammenhang mit den Worten l. 2 D. 16, 2: „unus quisque creditorem suum submovet, si paratus est compensare“,[56] so erscheint es nicht ausgeschlossen, dass die Koexistenz eine exceptio hervorbringt. Trotz der eingetretenen Kompensationssituation wird der Kompensationsgegner als „creditor“ bezeichnet, also nach der Seite der Existenz bleiben trotz der Koexistenz die Forderungen bestehen. Vom Schuldner heisst es nur „submovere potest“. Dass aber „submovere“ im technischen Sinne von der exceptio perpetua gewöhnlich[57] gebraucht wird, lässt sich nicht leugnen und zeigt sich z. B. in l. 40 § 2 D. 3, 3. „Submovere“ bezeichnet „regelmässig die Wirkung der exceptio in Beziehung auf den Gläubiger“.[57] Dass ferner „submovere“ hier in l. 2 D. 16, 2 im technischen Sinne gebraucht wird, erscheint noch wahrscheinlicher bei Betrachtung der l. 5, 13, 18 § 1 D. de comp. 16, 2 und der l. 1 § 4 D. de contraria tutelae actione 27, 4.[58] Nun reden die Quellen ferner von einem „opponere compensationem“ — l. 10 § 2 D. h. t. — von einem „obicere compensationem“ — c. 8 C. h. t. —, von einem „reputare“ in Verbindung mit Kompensation.[59] Sind dies nicht aber gerade die technischen Ausdrücke für die exceptio? „Obicitur“ findet sich mit Rücksicht auf die exceptio in l. 25 D. 4, 3; l. 16 D. 6, 2; l. 7 D. 7, 9; l. 3 D. 10, 4;[60] ebenso findet sich „opponere“ regelmässig mit Rücksicht auf die exceptio, z. B. in l. 8 D. 3, 5; in l. 14 § 3 D. 4, 2; in l. 47 D. 10, 2.

Bevor wir auf die Einwendungen eingehen, die man gegen die Annahme gemacht hat, dass der Kompensationszustand eine exceptio perpetua hervorbringe, möchte ich erst noch bemerken: Gewöhnlich formuliert man den Inhalt der l. 14 D. 16, 2 so: Eine mit einer exceptio perpetua affizierte Forderung kann nicht aufgerechnet werden. Nun liegt es sehr nahe, — vergl. dazu übrigens die Be-

---

[56]) Vgl. Dernburg, Pand. S. 175.

[57]) Vgl. Dirksen unter „submovere“, vgl. auch Büchel Bd. II. S. 25.

[58]) Vgl. Sintenis, Zeitschrift für Civilrecht und Prozess. Bd. 18 S. 3.

[59]) Ueber weitere derartige Quellenbezeichnungen vgl. Sintenis S. 4 a. a. O.

[60]) Vgl. hierzu auch Büchel S. 25.

handlung des Themas nach B. G. B. II. Teil, 2. Kapitel I — zu argumentieren: wenn die kompensablen Forderungen mit einer exceptio perpetua afficiert sind, aber Forderungen, die mit einer exceptio perpetua behaftet sind, nicht aufgerechnet werden können, so könne nach unserer Theorie von Aufrechnung nicht die Rede sein, da ja meine Forderung wie die meines Gegners mit einer exceptio perpetua behaftet ist. Für das römische Recht kann ich diese Argumentation nicht gelten lassen; l. 14 D. 16, 2 besagt: „quaecunque per exceptionem perimi possunt, non veniunt in compensationem". Von den kompensabelen Forderungen kann man aber nicht sagen, dass sie in den Kompensationsnexus eintreten als Forderungen „quae perimi possunt", sondern sie treten als nicht afficierte Forderungen in den Kompensationszustand[61] ein, und erst, in den Kompensationsnexus gekommen, werden sie zu Forderungen, „quae perimi possunt".

Man wendet gegen unsere Theorie[62] ein, dass sie die Wirkung der Kompensationskraft doch nicht in dem Fall erklären könne, wo Forderungen „ungleicher Stärke" sich gegenübertreten, nämlich eine „naturalis obligatio" und eine „obligatio civilis". Durch die positive Norm der l. 6 D. 16, 2 ist eben die „naturalis obligatio" der „obligatio civilis" in Bezug auf die Kompensation gleichgestellt, soweit die „naturalis obligatio" überhaupt zur Kompensation verwendet werden kann.

Ferner glaubt man, die exceptionsmässige Defension[63] sei doch grundverschieden von der Kompensationsdefension. Denn wer bewusst mit Verzicht auf das Geltendmachen der exceptio perpetua die affizierte Forderung zahle, der schenke genau so wie derjenige, welcher eine „ipso jure" nichtige Forderung zahle. Hingegen schenke der nicht, der mit Verzicht auf die Kompensationsdefension zahle.[64]

Zunächst erscheint es mir fraglich, ob der von Eisele aufgestellte Satz: „Die Zahlung einer mit einer exceptio

---

[61]) Das bedeutet „veniunt in compensationem".
[62]) Eisele S. 221.
[63]) Eisele S. 223.
[64]) So allerdings auch Windscheid § 349 Note 11a, vgl. auch Dernburg S. 585 Anm. 6.

perpetua behafteten Forderung ist Schenkung" derart Erkennungszeichen für die exceptio perpetua ist, dass man von einer solchen nicht mehr sprechen kann, wenn die Erfüllung der fraglichen Obligation nicht Schenkung ist. Denn auch das Darlehn des Hauskindes ist mit einer exceptio perpetua, der exceptio S. C. Macedoniani, behaftet. Andererseits ist das fragliche Darlehn „naturalis obligatio" l. 10 D. 14, 6. Da nun aber die Zahlung einer „naturalis obligatio" nach durchaus anerkannter Doktrin[65] nicht Schenkung sein kann, so erscheint mir bei der exceptio S. C. Macedoniani der von Eisele aufgestellte Satz derart fraglich, dass ich in ihm kein Erkennungszeichen für die exceptio perpetua sehen kann.

Im übrigen sehe ich nicht ein, warum man bei der Zahlung einer kompensabelen Forderung nicht in genau demselben Sinne von Schenkung sprechen kann wie bei der Zahlung einer mit einer exceptio perpetua behafteten Forderung überhaupt. Den entscheidenden Grund für die differentielle Behandlungsweise der exceptio perpetua und des „jus compensationis" sieht Eisele[66] darin, dass man bei Zahlung unter Verzicht auf jene einen „reellen Vermögensverlust" erleide, bei Zahlung unter Verzicht auf das „jus compensationis" dagegen nichts verliere. Der Vermögensverlust scheint mir aber in beiden Fällen nicht ein notwendig verschiedener zu sein. Bei einseitig verpflichtenden Verträgen, z. B. beim Darlehn, würde allerdings Zahlung unter Verzicht auf das Geltendmachen der exceptio perpetua den definitiven Verlust der gezahlten Summe bedeuten. Verzichtet jedoch bei einem synallagmatischen Vertrage der zahlende Schuldner auf das Geltendmachen der exceptio perpetua, so bleibt ihm noch immer der Anspruch aus dem Schuldverhältnis. Verzichtet der Mieter auf das Geltendmachen der exceptio doli, so bleibt ihm noch immer die actio conducti auf eine Summe vielleicht, die gleich dem Mietspreise ist.[67] Der auf das

---

[65]) Vgl. z. B. Savigny IV. S. 57. Dernburg Pandekten II. S. 10.

[66]) S. 223.

[67]) Z. B. der Vermieter A bewirkt vor Einzug des Mieters, dass der Aufenthalt in dem gemieteten Hause gesundheitsschädlich wird. Der Mieter mietet ein anderes Haus zum gleichen Mietspreise und zahlt unter Vorbehalt seiner Rechte dem ersten Vermieter A,

Geltendmachen der exceptio perpetua verzichtende Mieter würde also durch die Zahlung lediglich seinen dinglichen Anspruch am gezahlten Gelde verlieren, insofern er statt des Eigentums nunmehr nur noch einen obligatorischen Anspruch, die actio conducti (vielleicht auf eine dem gezahlten Gelde gleich hohe Summe) hat. Also die vermögensrechtliche Differenz zwischen dem dinglichen und dem praktisch vielleicht schwer realisierbaren obligatorischen Rechte bildet hier den Vermögensverlust: wenn ein solcher bei Zahlung einer mit einer exceptio perpetua behafteten Forderung stets vorhanden sein muss.

Genau so aber steht es bei der Zahlung unter Verzicht auf die Kompensationsbefugnis. Im Falle der Kompensabilität von Forderung und Gegenforderung ist der Schuldner nicht zur Zahlung verpflichtet; zahlt aber der kompensationsberechtigte Schuldner, so verbleibt ihm auch hier sein obligatorischer Anspruch. Da er aber die Zahlung[68] verweigern durfte, so war er nicht verpflichtet, sein dingliches Recht am gezahlten Gelde aufzugeben. Da ihm auch hier der obligatorische Anspruch verbleibt, würde also auch bei Zahlung unter Verzicht auf die Kompensationsbefugnis die Differenz zwischen dinglichem und obligatorischem Recht den Gegenstand des Vermögensverlustes bilden.

Da also zwischen der Zahlung unter Verzicht auf das „jus compensationis" und der Erfüllung unter Verzicht auf die „exceptio perpetua" kein notwendiger Unterschied besteht, so kann man, sofern in beiden Fällen die übrigen Tatbestandsmerkmale der Schenkung gegeben sind, die Zahlung unter Verzicht auf die Kompensationsbefugnis in demselben Sinne als Schenkung bezeichnen, wie dies Eisele von der Erfüllung unter Verzicht auf die exceptio perpetua behauptet. Eine verschiedene Behandlung der exceptio perpetua und des „jus compensationis" kann Eisele auf dieser Grundlage nicht rechtfertigen.

---

weil etwa der Mieter die Natur des A hinreichend kennt, um zu wissen, dass die gegenwärtige Geltendmachung seiner Rechte die Auflösung einer anderweitigen, für den Mieter besonders vorteilhaften Geschäftsverbindung mit A zur Folge hätte.

[68]) bezw. in Höhe seiner Gegenforderung.

Eisele[69] macht ferner gegen unsere Theorie geltend, dass l. 112 D. 50, 17 „ipso jure" nichtige und exceptionsmässig behaftete Forderungen für ökonomisch gleichwertig erklärt. Wenn nun Verzicht auf eine nichtige Forderung keine Schenkung sei, dann könne auch Verzicht auf eine exceptionsmässig afficierte Forderung nicht Schenkung sein. Wenn aber der Kompensationszustand eine exceptio perpetua hervorbringe, so könne Verzicht auf eine kompensabele Forderung ebenfalls nicht Schenkung sein. Da nun aber der Verzicht auf eine kompensabele Forderung Schenkung ist, so könne der Kompensationszustand keine exceptio perpetua hervorbringen.

Wenn man die lex cit. so auffasst, wie dies Eisele tut, so muss man doch beachten, dass das Resultat sich hier dadurch modifiziert, dass beide Forderungen, also Forderung wie Gegenforderung, mit einer Einrede affiziert sind. Sowohl mein Anspruch als auch der meines Schuldners sind mit einer exceptio perpetua behaftet, also nach Eiseles Interpretation jener lex haben sie beide einen ökonomischen Wert, der gleich Null ist. Verzichte ich nun aber auf meine Forderung, so wird in demselben Moment der Anspruch meines Gegners voll-wirksam. Denn die Affektion von Forderung und Gegenforderung basiert in dem durch ihre Koexistenz begründeten Satze: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est (l. 8 pr. D. 44, 4). Nach Verzicht auf die eine Forderung ist für die Gegenforderung l. 8 D. 44, 4 nicht mehr anwendbar. Mit dem Fortfall des Grundes für die Affektion ist diese aber paralysiert. Während der Gegenanspruch vor meinem Verzicht nach l. 112 D. 50, 17 wirtschaftlich nicht existierte, würde jener Anspruch meines Gegners durch meinen Verzicht im wirtschaftlichen Sinne entstehen; und, wenn ich einen gegen mich gerichteten Anspruch durch meine Handlung entstehen lasse, so muss auch wohl Eisele dies als Grundlage einer Schenkung ansehen. Der Verzicht auf die affizierte Forderung wäre kausal für die wirtschaftliche Neuschaffung eines Gegenanspruchs; oder, um meine Ansicht anders auszudrücken, Verzicht auf meinen Anspruch bedeutet Verzicht auf die peremptorische Einrede, die ich

[69]) Eisele S. 224.

gegenüber der Gegenforderung habe. Verzichte ich auf eine peremptorische Einrede, so ist dies nach Eisele[70] ein reeller Verlust. Durch Verzicht auf meine Forderung würde ich meine exceptio verlieren; insofern würde ich einen Verlust erleiden. Meinem Gegner würde im wirtschaftlichen Sinne ein neuer Anspruch entstehen. Er würde reicher werden. Indem ich aber so ärmer, mein Gegner reicher wird, ergibt sich, dass Verzicht auf eine kompensabele Forderung die Grundlage einer Schenkung sein kann trotz der Exceptionsnatur der Kompensationsdefension. Eben der Umstand, dass beide Forderungen mit einer exceptio perpetua affiziert werden, begründet innerlich, dass Verzicht auf eine kompensabele Forderung Schenkung sein kann, obwohl der Kompensationszustand die Forderungen mit einer exceptio perpetua affiziert.

Man macht gegen unsere Theorie geltend: es treten nach ihr die Wirkungen schon mit der Koexistenz der Forderungen ein, und, wenn dann der Kompensationsberechtigte, statt zu kompensieren, zahle, so müssen wir die eingetretenen Wirkungen rückwärts wieder auflösen. Der Vorwurf basiert in der von Windscheid gegebenen Beantwortung der Frage: „Muss der kompensationsberechtigte Schuldner, wenn er zahlt, Zinsen zahlen?“ Eine Quellenstelle, die diese Frage löst, gibt es nicht.[71] Hier sei gleich bemerkt, dass, wenn man entweder zu einem unbilligen oder mit unserer Theorie nicht harmonierenden Resultat kommen zu müssen scheint, dies an der Fragestellung, nicht an unserer Theorie liegt. Wir werden nachher versuchen, soweit die Frage überhaupt gestellt werden kann, nämlich unter dem Gesichtspunkt des Verzichts auf die Kompensationsbefugnis, sie unter diesem Gesichtspunkt des Verzichts auf die Kompensationsbefugnis zu betrachten.

Windscheid sagte in der 4. Aufl.[72]: Zahlt der Schuldner, anstatt zu kompensieren, so müsse er auch Zinsen zahlen. Die Wirkungen der Koexistenz der Forderungen seien zwar eingetreten, werden rückwärts aber wieder aufgelöst. „Aber es verhalte sich hier wie beim Vermächtnis.

---

[70]) S. 223 unten.
[71]) Vgl. Windscheid § 349 Anm. 12.
[72]) S. 320 Anm. 12.

Der Vermächtnisnehmer erwerbe das Recht mit dem Eintritt der Erbschaft ohne Zutun von seiner Seite. Schlägt er das Vermächtnis aus, so werde es angesehen, als habe er das Vermächtnis nie gehabt.“ Mit anderen Worten: Also meine Forderung hemmte die Gegenforderung, liess aus ihr keine Zinsen sich entwickeln und dann, wenn der Schuldner zahlt, sollen rückwärts sich Zinsen entwickelt haben? Völlig berechtigt halte ich Eiseles[73] Einwand: Hier liege Retrotraktion, und zwar Retrotraktion ohne Pendenz, vor: ein logischer Widerspruch! In dieser Weise kann unsere Theorie die Frage nicht lösen: „Zahlt der Schuldner, anstatt zu kompensieren, muss er dann auch Zinsen zahlen?“ Denn nach unserer Theorie sind ja mit der Koexistenz Wirkungen eingetreten, die Koexistenz hob die Forderungen nach der Seite ihrer Wirksamkeit auf. Zinsen konnten sich nicht entwickeln, und ohne Rechtsgeschäft kann nicht plötzlich die Verpflichtung zur Zahlung einer Summe entstehen, die quantitativ gleich der ist, welche die Zinsen ausgemacht hätten. In seiner neueren Auflage sucht Windscheid[74] die Frage anders zu lösen: „Von der anderen Seite braucht der Schuldner von seiner Einrede keinen Gebrauch zu machen, und, tut er es nicht, so darf er keinen Vorteil daraus ziehen wollen, dass dem Forderungsrecht — des anderen Teils — bis dahin eine Einrede entgegengestanden hat.“ Hierin aber kann ich keine Erklärung dafür sehen, warum im Moment der Zahlung eine Verpflichtung zum Leisten einer Geldsumme entsteht, die vom gleichen Betrage ist wie die Summe der Zinsen.[75] Denn wenn Windscheids[76] eben zitierter Satz rechtliche Geltung haben soll, so kann er diese doch nur, als hergeleitet aus dem Grundsatz, haben: Niemand darf einen Vorteil erstreben, den die Rechtsordnung reprobiert. Aber diesen Vorteil missbilligt ja gar nicht die Rechtsordnung, und besonders nicht von Wind-

---

[73]) S. 325.

[74]) Vgl. Aufl. von 1887 S. 345, vgl. auch neueste Aufl. S. 434 Anm. 12.

[75]) Denn um Zinsen kann es sich nicht handeln, da solche infolge der Kompensationskraft nach unserer Theorie sich nicht entwickeln konnten.

[76]) S. 434 Anm. 12.

scheids Standpunkt. Denn, wenn die Rechtsordnung die Forderungen während der Dauer ihrer Koexistenz hemmt, also Zinsen sich nicht entwickeln lässt, dann sollte der Schuldner, wenn er sich darauf beruft, einen Vorteil erstreben, den die Rechtsordnung reprobiert?

Ein Quellenzeugnis ist nicht beizubringen dafür, dass der Schuldner, wenn er zahlt, auch Zinsen zahlen muss. Sofern der Gesichtspunkt des Verzichts auf die Kompensationseinrede nicht Platz greift, kann unsere Theorie nur argumentieren: Zinsen haben sich nicht entwickelt, also braucht der Schuldner solche auch nicht zu bezahlen. Vom Standpunkt der Annahme einer exceptio perpetua muss diese Konsequenz gezogen werden. Zu diesem Ergebnis kommt von einem anderen Ausgangspunkt aus auch v. Scheurl[77], der auf Grund der c. 4 C. h. t. und l. 11 D. h. t. ganz unbedingt diesen Standpunkt einnimmt. Dies müssen auch wir, soweit der Gesichtspunkt des Verzichts auf die Kompensationseinrede nicht Platz greift. Denn wie man immer den Begriff der Zinsen auffasst, man muss zu dem Ergebnis kommen[78]: „Zinsen sind eine Vergütung des Gläubigers wegen der einstweiligen Entbehrung des Genusses dessen, was er zu fordern hat.“ Hier handelt es sich aber weder um ein „zu fordern haben“ noch um ein „Entbehren“. Denn, was das „zu fordern haben“ betrifft, so gilt ja bis zum Verzicht auf die Kompensationseinrede der Satz: „Dolo facit, qui petit, quod redditurus est“, und, was die „Entbehrung“ betrifft, so liegt eine solche bei gleich hohen Forderungen überhaupt nicht, bei ungleich hohen nur auf das „amplius“ eine solche vor.[79]

Leonhard[80] glaubt gegen unsere Auffassung sich auf die c. 1 C. 5, 74 stützen zu können. Es ist zwar richtig, dass, wenn hier der Gläubiger von der ihm erteilten Erlaubnis Gebrauch macht, die „pecunia fenebris cum competentibus usuris“ zurückgegeben werden muss. Aber auch der Käufer muss nicht, wie Leonhard übersetzt, das Grund-

---

[77]) Beiträge S. 169—170.
[78]) Windscheid II. S. 63.
[79]) Für den Ueberschuss sind natürlich Zinsen zu zahlen.
[80]) S. 187.

stück zurückgeben, sondern die „possessio cum fructibus restituere", d. h. mit anderen Worten: Der Kauf gilt rückwärts als nicht geschehen; der Kaufpreis gilt also als nie geschuldet. Der Forderung des Beklagten stand keine Gegenforderung gegenüber; daher gilt sie auch nicht als in ihrer Wirksamkeit gehemmt.

Also streng durchgeführt, kommt unsere Theorie nicht zur „Zurückziehung ohne Pendenz" bei der Frage: Muss der Schuldner, wenn er statt zu kompensieren zahlt, auch Zinsen zahlen? Unsere Theorie aber kommt hier auch nicht zu einem dem Parteiwillen widersprechenden Ergebnis. Wir sagten schon vorhin, wie die Frage gestellt wird, lässt sie sich einheitlich nicht beantworten. Was soll denn bedeuten, wenn Windscheid[81] und Eisele[82] fragen: Muss der zahlende, aber kompensationsberechtigte Schuldner Zinsen zahlen?

Zunächst müssen wir davon ausgehen, dass der Schuldner, solange er kompensieren kann, überhaupt nicht zu zahlen braucht; ohne seinen ausdrücklichen oder stillschweigenden Verzicht auf die Kompensationseinrede muss er insbesondere auch nicht ausser dem Kapital etwa noch Zinsen zahlen. Eine etwa von den Parteien in Kenntnis der Kompensationsbefugnis vorgenommene Zahlung aber ist zu betrachten unter dem Gesichtspunkt des Verzichts auf die Kompensationseinrede,[83] die ja auch stillschweigend in dem Zahlungsvertrage liegen kann.

Nur insofern ein Kompensationsverzicht in der Zahlung liegt, ist der Schuldner m. E. zur Zahlung von Zinsen verpflichtet, da ja im Verzicht auf die Kompensationseinrede ein Verzicht auf das Geltendmachen der eingetretenen Wirkungen der Kompensation liegt. Aber nur soweit in der Zahlung ein Verzicht auf die Kompensationseinrede liegt, sind wir von unserem Standpunkt genötigt, die Wirkungen des Kompensationszustandes „rückwärts aufzulösen".[84] Diese Retrotraktion geschieht aber

---

[81]) S. 434.
[82]) S. 225.
[83]) Ueber Kompensationsverzicht überhaupt vgl. vor allem: Dernburg S. 505—511, Eisele S. 380, Krug S. 212, Windscheid § 349 No. 26. Vgl. auch den bei Fiegen S. 21 mitgeteilten Fall.
[84]) Eisele S. 225.

durch Rechtsgeschäft und steht demnach nicht in Widerspruch mit unserer Theorie. Denn die Wirkungen werden ja aufgehoben durch das Rechtsgeschäft des Verzichts, wie durch das Rechtsgeschäft des Verzichts auch jede andere Rechtswirkung aufgehoben werden kann, soweit nicht durch positive Norm das Gegenteil bestimmt ist.

Sodann hat man gegen unsere Anschauung[85] eingewendet, dass dem Fall, wo der Schuldner von seinem Kompensationsrecht keinen Gebrauch mache, doch der analog sei, wo der Richter die vom Beklagten geltend gemachte Kompensationseinrede nicht berücksichtige. Hier aber heisst es: „salva manet petitio" („si rationem compensationis non habuerit"). Die Stelle handelt aber von der Konsumption der Kompensationseinrede. Die Worte „salva manet petitio" lassen sich m. E. vom Standpunkt der Affektionstheorie aus restlos erklären. Denn „manere" heisst fortdauern, „salva" ist Prädikatsnomen, d. h. also, nachdem die Gegenforderung weggefallen ist, dauert der Anspruch als unversehrt fort, das kann aber nur heissen: als n u n m e h r unversehrt fort. Wäre der Anspruch des Beklagten vorher nicht affiziert gewesen, so wäre das Wort „salva" ein Pleonasmus, eine allerdings bei Ulpian nicht seltene Erscheinung. Aber wenn Ulpian bloss hätte sagen wollen, dass der a n s i c h unversehrte Anspruch weiterdauert, so hätte er sich doch wohl eher so ausgedrückt: „s a l v a p e t i t i o m a n e t", und nicht „s a l v a m a n e t p e t i t i o".

Fernere Bedenken gegen die Affektionstheorie haben Eisele[86] und Schwanert[87] aus dem Fall hergeleitet, dass einer Forderung mehrere Gegenforderungen gegenüberstehen. Windscheid nimmt generell bei einer Forderungsmehrheit freies Wahlrecht unter den aufzurechnenden Forderungen an. Mit Recht macht Eisele[88] den Vorwurf, dass hier „Retrotraktion ohne Pendenz" vorliege. Denn wenn die Forderungen unwirksam waren, so kann, ohne dass ein Schwebeverhältnis bestand, die Unwirksamkeit nicht rückwärts aufgehört haben. Aber das generell

---

[85]) Eisele S. 226.
[86]) S. 226.
[87]) S. 23.
[88]) S. 227.

freie Wahlrecht ist kein integrierender Bestandteil der Affektionstheorie. Vielmehr ergibt sich aus ihr:

1. Treten sich die Forderungen successive gegenüber, so heben sich die beiden Forderungen, die zuerst sich gegenübergetreten sind, nach der Seite ihrer Wirksamkeit auf. Hat A einen Geldanspruch gegen B, und erwirbt B ebenfalls einen Geldanspruch gegen A am 1. Januar, so sind von da ab beide Forderungen nach der Seite ihrer Wirksamkeit aufgehoben. Eine von B nach dem 1. Januar erworbene Darlehnsforderung wird durch den bereits unwirksam gewordenen Geldanspruch des A nicht mehr berührt. Denn eine bereits unwirksam gewordene Forderung kann nicht mehr wirken; ein Wahlrecht steht hier keinem Teile zu.[89]

2. Treten sich die Forderungen aber nicht successive gegenüber, sondern hat A gegen B drei Ansprüche und erwirbt B am 1. Januar einen Gegenanspruch, so tritt der Anspruch des B in ein Kompensationsverhältnis zu allen drei Forderungen; und damit würde die Affektionstheorie nicht zur Konstruktion einer „Retrotraktion ohne Pendenz" gedrängt. Die drei Ansprüche des A werden durch den einen Anspruch des B affiziert. Jede Forderung des A wird durch den Erwerb der Gegenforderung affiziert, da von jeder der Satz gilt: „dolo facit, qui petit, quod redditurus est".[90] Da aber B mit seiner einen Forderung nur einen Gegenanspruch definitiv aufrechnen darf, so stellt sich das Verhältnis so dar: Die drei Forderungen sind unwirksam in dem Moment, wo B die Gegenforderung erwirbt; jede ist aber nur unwirksam unter der Resolutive, dass bezüglich einer anderen die definitive Aufrechnungserklärung vorgenommen wird. Wird die definitive Aufrechnungserklärung vorgenommen, so werden die Forderungen, bezüglich deren sie nicht vorgenommen ist, rückwärts frei. Darin liegt aber keine Retrotraktion ohne Pendenz. Denn für jede der Forderungen besteht eine Ungewissheit, ob sie oder eine andere definitiv aufgerechnet werden wird.

---

[89]) Im Ergebnis ebenso Dernburg S. 550, Fuhr S. 141, vgl. auch Siber S. 66, vgl. auch Kohler XX. S. 7.

[90]) Vgl. auch Windscheid S. 437 Anm. 18.

Es gibt im corpus juris einige Stellen, welche tatsächlich gegen die Wirkung der Kompensation auf den Moment der Koexistenz zu sprechen scheinen. Aber nur scheinen! Als ein typischer Fall[91] stellt sich die l. 20 § 2 D. 40, 7 dar: „quod si (servus) heredi dare jussus est decem, et eam summam heres debet servo, si velit servus eam pecuniam compensare, e r i t liber.“ An eine Zurückdatierung der Freiheit auf den Moment der Koexistenz der Forderungen ist nicht zu denken. Aber wie schon die Stellung der lex im corpus juris zeigt, ist das, was die Entscheidung hervorbringt, die Rechtsstellung des „statuliber“, nicht die Wirkung der Kompensation. Ferner ist die „libertas“ nur mittelbare Folge der eingetretenen Schuldtilgung, sofern man überhaupt von „Schuld“ sprechen kann. Die „libertas“ als Quell der sozialen Stellung kann eben nur sein oder nicht sein. Siber[92] macht darauf aufmerksam, dass es sich hier nicht um eine „Schuld“ des „statuliber“ handelt, sondern um eine Leistung condicionis implendae causa. Während aber sonst nach Eintritt der Bedingung Retrotraktion[93] eintritt, heisst es vom „statuliber“[94] „statuliber, quamdiu pendet condicio, servus heredis est“. In l. 12 § 2 D. familiae herciscundae 10, 2 lesen wir: „interim est heredum, existente autem condicione ad libertatem perveniat“. Dieses „perveniat“ bedeutet doch wirklich, dass die Freiheit nicht zurückdatiert werden soll. Ist dies aber der Fall, so ist es unzulässig, aus der l. 20 § 2 D. 40, 7 zu schliessen, dass die Kompensation nicht auf den Moment der Koexistenz wirke. Denn wenn der Mangel der Zurückdatierung in der Rechtsstellung des „statuliber“ begründet ist, so ist die l. 20 § 2 D. 40, 7 vollkommen ungeeignet, etwas gegen die Wirkung der Kompensation auf den Moment der Koexistenz auszusagen.

Der schlagendste Beweis für die Richtigkeit unserer Theorie ist, wie schon oben erwähnt, die Sistierung des Zinslaufs. Sie erscheint als die begriffliche und notwendige Konsequenz des Satzes, dass die Forderungen nach der

---

[91]) Goldschmidt S. 139 macht diesen und einige andere Fälle gegen die Retrotraktionstheorie geltend.

[92]) S. 20 vgl. auch Czylharz Institutionen S. 359.

[93]) Dernburg Pand. I. S. 257.

[94]) Vergl. v. Madai statuliberi S. 152.

Seite ihrer Wirksamkeit gehemmt sind. Die Sistierung des Zinslaufs ist kein Gesetz der Opportunität; sie ist begriffliche Notwendigkeit.[95] So erscheint die Zinssistierung auch als juristische Konsequenz der Koexistenz der Forderungen in der c. 4 C. h. t.[96] „si constat pecuniam invicem deberi, ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur, utique quoad concurrent quantitates, eiusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur, si modo petitio earum subsistit."

Dies ist die verzweifeltste aller das „ipso jure" enthaltenden Stellen.[97] Was bedeutet „ipso jure pro soluto haberi"? Appleton[98] erklärt „ipso jure pro soluto" für interpoliert, Siber[99] nur die Worte „pro soluto"; er will ausserdem „factam" ergänzen. Brinz[100] will statt „compensationem" „compensatione eam" lesen. Eisele[101] erklärt: die Worte „ipso jure pro soluto compensationem haberi oportet" werden wohl nie eine vernünftige Interpretation finden.

Die „compensatio" soll der Zahlung gleichen. Nun aber, welche „compensatio", die Tätigkeit? Dass hier der Aufrechnungsakt vorgenommen ist, dafür gibt die Stelle keinen Anhalt. Nehmen wir hier „compensatio" als die von selbst eintretende „Rechtswirkung",[102] so gibt die Stelle ihren guten Sinn: In dem Falle, dass einer Forderung eine Gegenforderung gegenübersteht, gleichen die hieraus sich ergebenden Rechtswirkungen der Zahlung.[103] Was, wie oben dargelegt, das „ipso jure" bedeutet, nämlich, dass diese Wirkungen — nach der hier vertretenen Ansicht

---

[95]) Windscheid S. 430, nur in der Formulierung abweichend Dernburg S. 586, vgl. auch S. 336, v. Scheurl S. 169. Anderer Meinung: Eisele Archiv. S. 195, Kompensation S. 273 ff.

[96]) Anderer Meinung ist Siber S. 69.

[97]) Eisele S. 154.

[98]) S. 463.

[99]) S. 77.

[100]) S. 21. Komp.

[101]) S. 251.

[102]) v. Scheurl S. 169.

[103]) Eisele S. 155. trägt Bedenken, „solutum" als identisch mit „solutio" zu behandeln. Ich glaube dies unbedenklich mit der herrschenden Meinung tun zu dürfen: so Dernburg S. 336, Leonhard S. 118, Ubbelohde S. 208, Fuhr S. 130.

also der Erwerb der exceptio perpetua — in dem Moment der Koexistenz entstehen, dies wird hier noch einmal in beinahe pleonastischer Deutlichkeit wiederholt in den Worten: „ex eo tempore, ex quo ab utraque parte debetur". Als Konsequenz der in diesem Moment eintretenden Wirkungen stellt c. 4 C. h. t. die Sistierung des Zinslaufs dar. Wenn diese, wie dies gemäss c. 4 C. h. t. der Fall ist, innerlich[104] begründet ist, so kann sie nur darin ihren Grund haben, dass die Forderungen entweder nach der Seite ihrer Existenz oder nach der Seite ihrer Wirksamkeit aufgehoben werden. Die „solutio", mit der die Wirkungen der Koexistenz verglichen werden, hebt nun die Forderungen nach der Seite ihrer Existenz auf. Dies kann aber, wie wir bei Besprechung der Theorie des Martinus gesehen haben, die blosse Koexistenz der Forderungen nicht. Dann aber kann die Sistierung des Zinslaufs nur in dem Erwerb einer exceptio perpetua, also darin begründet sein, dass die Forderungen nach der Seite ihrer Wirksamkeit aufgehoben werden, nach der Seite ihrer Existenz aber fortbestehen. Dies müssen wir um so eher annehmen, als die durch die Koexistenz begründeten Rechtswirkungen mit der Zahlung in der c. 4 C. h. t. als nicht identisch behandelt, sondern nur verglichen werden. Denn es heisst: „compensationem pro soluto haberi oportet" und nicht „compensatio pro soluto est". Das tertium comparationis bei diesem Vergleich ist die gleichartige Wirkung der Erfüllung der Forderungen und ihrer Koexistenz bezüglich der Sistierung des Zinslaufs. Die Ursachen dieser Wirkung sind verschiedene, die „solutio" hebt die Forderungen nach der Seite ihrer Existenz auf, die Koexistenz der Forderungen hebt diese nach der Seite ihrer Wirksamkeit auf.

Lippmann[105] hat neuerdings versucht, die Sistierung des Zinslaufes als eine Folgeerscheinung der Kompensabilität zu bestreiten. Würde er den Beweis hierfür erbringen, so würde er in der Tat unserer Theorie eine Stütze entziehen. Zunächst haben wir die Wahrscheinlichkeit für uns. Denn dass fast alle in Betracht kommenden Stellen im Titel „de compensatione" stehen, ist gewiss nicht ohne

---

[104]) Auch Windscheid S. 430 nimmt diese innere Begründung an.
[105]) Iherings Jahrb. Bd. XXXII. S. 173 ff.

Bedeutung für die Interpretation. Ausschlaggebend ist dies natürlich nicht. cf. l. 11, 12 D. de comp; c. 4 C. de comp; c. 5 C. de comp.

Lippmann geht von der Ansicht aus, da Zinsen nicht an sich und selbständig klagbar seien, so können sie auch bei der Frage nach der Kompensabilität gar nicht in Betracht kommen. Ich könnte dagegen schon einwenden, dass die Naturalobligation nicht bloss nicht selbständig wie die Zinsen, sondern überhaupt nicht klagbar ist, und dass trotzdem die Naturalobligation Kompensationsobjekt ist. Dies könnte sie aber dann nicht sein, wenn Klaglosigkeit die Kompensationsunfähigkeit zur Folge hätte. „Etiam quod natura debetur, venit in compensationem.“ Lippmann müsste ferner die Stellen sämtlich so interpretieren, dass bei ihnen von stipulierten Zinsen keine Rede ist. Denn bei diesen muss man doch wohl selbständige Klagbarkeit annehmen.[106] Für eine solche restriktive Interpretation gibt aber keine der in Frage kommenden Stellen irgend welchen Anhalt. Weiterhin müssten doch dann auch die nicht stipulierten Zinsen eben so gut, wie sie zusammen mit der Hauptforderung eingeklagt werden können, auch zusammen mit der Hauptforderung kompensiert werden können, mag man nun diese nicht stipulierten Zinsen als „Teil“ oder „Bestandteil“ der Hauptforderung auffassen.[107]

Nach Lippmann sollen Zinsen gar nicht in Berücksichtigung kommen, auch nicht die vor der Koexistenz entstandenen, und das soll c. 4 C. h. t. in ihrem „entscheidenden Teile“ besagen. „Utique quoad concurrent quantitates ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur.“ Warum enthält denn der vorhergehende Satz: „pro soluto compensationem haberi oportet ex eo tempore, ex quo ab utraque etc.“, eine Zeitbestimmung, an die der entscheidende Teil sich unmittelbar anschliesst? Den Satz, dass die Koexistenz nicht nur die Entwickelung zukünftiger Zinsen hemmt, sondern dass bei der Kompensation auch vor der Koexistenz entstandene Zinsen nicht in Betracht kommen, hält Lippmann für begründet in den

---

[106]) Ueber Klagbarkeit der Zinsen vergl. Dernburg, Pandekten, Bd. II. S. 87.

[107]) Ueber den Charakter dieser Zinsen s. Windscheid S. 266 Anm. 12, vgl. auch Carus S. 41.

Worten „pro soluto haberi“ — c. 4 C. h. t. — „Durch „solutio“ wurde die Obligation des römischen Gläubigers dergestalt getilgt, dass es für die etwa nicht gleichzeitig mitberechneten Zinsansprüche keine Klage mehr gab, solche Ansprüche also in Wegfall kamen. Galt dies aber für das Geschäft der Zahlung, so konnte auch bei der Kompensation nicht davon die Rede sein, dass einem Gläubiger etwa noch ein Zinsanspruch verbleibe.“ Nehmen wir an, dies sei der Sinn der Stelle. Zur Zahlung einer verzinslichen Forderung gehört aber auch die Zahlung der Zinsen. Nur diese „solutio“ ist die normale, deren Angebot den Gläubiger in Annahmeverzug bringt. Der Umstand, dass, wenn der Gläubiger aus Versehen nur das geschuldete Kapital ohne die Zinsen nimmt, die „actio“ gegen den Schuldner betreffs der Zinsen erlischt, ändert doch nichts an der Höhe der geschuldeten Summe. Bei einer verzinslichen Forderung gehört zur Zahlung auch die Zahlung von Zinsen. Wenn c. 4 C. h. t. von „solutum“ in diesem quantitativen Sinne sprechen wollte, so ist doch sicherlich die normale „solutio“ in Betracht zu ziehen. Dann aber muss der Kompensant auch zur Tilgung der Forderung seines Gläubigers — wie zur Zahlung — eine Summe verwenden, die gleich der Summe des geschuldeten Kapitals, vermehrt um die der angelaufenen Zinsen, ist. „Solvere dicimus eum, qui fecit, quod facere promisit.“ Übrigens wenn bei der Kompensation die bereits aufgelaufenen Zinsen nicht in Betracht kämen, so erhielten wir ein Resultat, das zu wenig praktisch ist, als dass es römisches Recht sein könnte. Schuldet der A dem B 100 solidi, und hat er 10 Jahre keine Zinsen gezahlt, so könnte er sich ja dann eine erst vor kurzem gegen B entstandene Forderung von 100 solidi, z. B. durch Cession, verschaffen, und, wenn er verklagt wird, aufrechnen und den B um die 60 solidi Zinsen bringen. Dies kann unmöglich römisches Recht gewesen sein. Denn, würde das „compensationem pro soluto haberi“, wie Lippmann glaubt, auch die Befreiung des Schuldners betreffs der schon aufgelaufenen Zinsen bedeuten, so würde der Gesetzgeber die Wirkungen der Kompensation einer Zahlung gleichgestellt haben, die gleichzeitig mit der Entstehung der e r s t e n Forderung bezüglich dieser vorgenommen wird. — Die c. 4 C. h. t. ver-

gleicht die Kompensation aber ausdrücklich mit einer Zahlung, die nach Entstehung der zweiten Forderung geschieht. Heisst es doch „ex quo ab utraque parte debetur".

Einen ferneren Beweis dafür, dass vor der Koexistenz entstandene Zinsen im Fall der Kompensation nicht gezahlt zu werden brauchen, sieht Lippmann in der c. 5 C. 4, 31 in Verbindung mit der c. 7 C. 8, (42) 43 de solutionibus et liberationibus. Die letztere Stelle interpretiert Lippmann so: Der Gläubiger macht einen Anspruch geltend, der Beklagte kompensiert, womit dem Beklagten „auch ein etwaiger Zinsanspruch abgeschnitten ist". Diese Stelle handelt zunächst nur vom Geltendmachen der Zinsen. Die Entscheidung lautet: „ejus quantitatis usurarum non posse reposci." Dass die vor der Koexistenz der Forderungen entstandenen Zinsen nicht verlangt werden dürfen, erwähnt die Stelle mit keinem Wort. Die Geltendmachung dieser richtet sich nach allgemeinem Grundsatz; die Stelle beweist absolut nichts für Lippmann.

Wenn man übrigens, wie Lippmann es[108] tut, den Mangel des Anspruchs auf Zinsen in der „ratio compensationis" begründet sieht, so müsste man gerade zum entgegengesetzten Resultat kommen. Denn die „ratio compensationis" kann doch nur Platz greifen, wenn zwei Forderungen sich gegenüberstehen, nicht aber schon das Entstehen von Zinsen hindern, wenn nur ein Anspruch vorhanden ist. Bei Lippmann würden die entstandenen Zinsen rückwärts sistiert werden auf den Moment, wo die erste Forderung entstand. Dass die „ratio compensationis" auch den bereits aus der ersten Forderung und vor der Koexistenz entstandenen Zinsanspruch rückwärts tilgen kann, wird doch gerade Lippmann nicht behaupten, dessen Aufsatz die Unmöglichkeit einer Retrotraktion auf den Moment der Koexistenz beweisen will. Hier sei gleich bemerkt, dass die „ratio compensationis" nicht das „petere usuras" ausschliesst, sondern den Anspruch auf das Kapital „ejus quantitatis, cujus petitionem ratio compensationis excludit". Darauf machte schon Eisele[109] Dernburg aufmerksam.

---

[108]) Iherings Jahrbücher, Bd. XXXII. S. 176.
[109]) S. 274.

Auch in der c. 5 C. 4, 32 wird nicht gesagt, dass die vor der Koexistenz entstandenen Zinsen nicht geschuldet werden und nicht mit ihnen kompensiert werden kann. Denn für den Ausschluss der „computatio usurarum“ wird die „aequitas compensationis“ als Ursache bezeichnet, der in der Kompensation verkörperte Begriff der Billigkeit; also, soweit man von „aequitas compensationis“ nicht reden kann, werden Zinsen geschuldet. Von „aequitas compensationis“ kann man aber nur reden, wenn zwei Forderungen sich gegenüberstehen. Solange nur eine Forderung da ist, kann man von „aequitas compensationis“ nicht sprechen. Da aber nur die „aequitas compensationis“ die Zinsen ausschliesst, so folgt gerade: Bis zum Moment der Koexistenz der Forderungen werden Zinsen geschuldet für die zuerst entstandene Forderung.

Schliesslich glaubt Lippmann, dass man eine im Moment der Koexistenz eintretende Sistierung des Zinslaufs auf einen gemeinsamen Gedanken deshalb nicht zurückführen kann, weil in der c. 7 C. 8, 42 die Nichtberücksichtigung als durch die „ratio compensationis“, in der c. 5 C. h. t. als durch die „aequitas compensationis“ begründet erscheint.

Betreffs der „ratio compensationis“ verweise ich auf die oben erwähnte Bemerkung Eiseles, woraus sich die Ablehnung der von Lippmann gezogenen Konsequenzen von selbst ergibt.

Von Neueren hat auch Goldschmidt[110] versucht, die Zinssistierung als Folgeerscheinung des Kompensationszustands zu leugnen. Goldschmidt nimmt an, dass es sich in der c. 4 C. h. t. nur um eine Zinsklage handelt, allein das „ejusque solius, quod amplius apud alterum est, usurae debentur“ sei die Entscheidung, das Voraufgegangene sei bloss Dezisivgrund, dessen Richtigkeit um so zweifelhafter erscheine

1. weil die Sistierung des Zinslaufs auf Grund des angegebenen Dezisivgrunds nicht einer Konstitution bedurft hätte, sondern eine selbstverständliche Konsequenz sei,[111]

---

[110]) S. 134. Verhandlung des 21. Juristentages. Bd. I.

[111]) Vgl. hierzu auch Brinz Kompensation S. 19, Schwanert S. 4.

2. weil Ulpian in l. 11 und l. 12 D. h. t. zwar die Konstitution, aber nicht ihren theoretischen Grund erwähne;

3. da ferner die l. 11 und l. 12 Referate der Konstitution seien und nicht von Verzugszinsen handeln, so seien auch die c. 4, 5, 7 C. h. t. in demselben Sinne zu interpretieren; trotz der Koexistenz der Forderungen könnten also Verzugszinsen verlangt werden; damit aber sei nicht zu vereinbaren, dass die vollzogene Kompensation als Zahlung schon für den Moment der Koexistenz zu behandeln sei.

Lassen wir es dahingestellt, ob man nicht mit dem Reichsgericht[112] annehmen muss, dass es sich in Anbetracht des Wortlauts der c. 4 C. h. t. gar nicht um ein Einklagen von Zinsen handeln kann. Wenn wir aber mit Goldschmidt annehmen, dass es sich bloss um eine Zinsklage handelt, so muss man die Wirkung der Kompensation auf den Moment der Koexistenz als den feststehenden Grundsatz annehmen. Der erste Teil der Konstitution wäre ja der Dezisivgrund, d. h. das Feststehende, das Gegebene, aus dem die Sistierung des Zinslaufs in authentischer Interpretation als Konsequenz gefolgert würde. Dass es sich übrigens um eine solche handelt, erscheint mir dadurch noch wahrscheinlicher, dass Dernburg[113] in überzeugender Weise dartut, es handele sich bei der c. 4 C. h. t. um eine Instruktion an den Richter. Dernburg nimmt dies auf Grund der Worte: „alter", „utraque" etc. an. Wenn es sich aber um eine Instruktion an den Richter handelt, dann ist es m. E. nicht so „auffallend", wie Goldschmidt meint, wenn die Sistierung des Zinslaufs noch kaiserlicher Konstitution bedurfte;[114] die kaiserliche Konstitution zieht eben für den Einzelfall eine Konsequenz aus dem allgemeinen Grundsatz, eine Konsequenz von grosser wirtschaftlicher Bedeutung, die gleichzeitig ein Eingreifen des Kaisers, eine Instruktion, rechtfertigt.

Ich komme zu Goldschmidts zweitem Grunde. Der in der c. 4 C. h. t. aufgestellte Grundsatz erscheint ihm als

---

[112]) Bd. XVII. S. 142 a. E.

[113]) S. 337.

[114]) Aehnlich wie Goldschmidt auch Schwanert S. 4, Brinz Kompensation S. 19.

unrichtig. Denn Ulpian erwähne in seinen Referaten — das soll nach Goldschmidt l. 11 und 12 D. h. t. sein — zwar die Sistierung des Zinslaufs, aber nicht ihren theoretischen Grund. — Wenn es sich in l. 11 und 12 wirklich um Referate handeln würde, so würde m. E. aus dem Fortlassen des Entscheidungsgrundes nicht dessen Unrichtigkeit, sondern mit Sicherheit auch nicht einmal die Auffassung Ulpians über die Richtigkeit des Entscheidungsgrundes zu folgern sein. Aber es handelt sich in den l. 11 und 12 D. h. t. ganz offenbar gar nicht um Referate, sondern um Anwendungen der Kaiserkonstitution. Das, was der Kaiser allgemein statuiert, wendet Ulpian für zwei Fälle an. Als Interpretationen der Kaiserkonstitution entscheidet er in l. 11 D. h. t. m. E. den Spezialfall, wo ein zinsloses Kapital einem zinstragenden gegenübersteht. Als Wirkung dieser Koexistenz nimmt er die Sistierung des Zinslaufs an.

Auch in l. 12 D. h. t. interpretiert er und referiert er nicht. Zunächst interpretiert er die Kaiserkonstitution nach der Seite ihrer subjektiven Beziehungen. „Idem juris est non solum in privatis verum etiam in causa fisci constitutum", gewiss doch kein blosses Referat! Sodann aber redet er gar nicht mehr von der Sistierung des Zinslaufs, sondern konstatiert, die Kompensation der Kapitalien ist auch zulässig bei ungleichem Zinsfuss[115]: „sed et si invicem sit usuraria pecunia, diversae tamen sint usurae, compensatio nihilo minus locum habet ejus, quod invicem debetur", gewiss ebenfalls kein Referat! Ferner, dass es sich in den l. 11 und 12 nicht um ein blosses Referat handelt, geht daraus hervor, dass diese leges den Hauptfall gar nicht erwähnen, nämlich Kompensation von gleich hoch verzinslichen Kapitalien. Da nun die zitierten leges nicht Referate sind, sondern Interpretationen, so ist der Einwand, Ulpian habe durch Fortlassen des Entscheidungsgrundes der Konstitution seine Missbilligung betreffs dieses Entscheidungsgrundes ausdrücken wollen, ebenso unrichtig, als wenn man argumentieren wollte: Wenn wir aus der Natur des Differenzgeschäfts als Spiel (§ 764 B. G. B.) Konsequenzen ziehen, so halten wir diese authentische Interpretation des Gesetzgebers für falsch, sofern

[115]) Dass l. 12 nur von Kapitalkompensation redet, darüber vgl. Eisele S. 28. Anderer Meinung: Siber S. 70.

wir nicht die juristischen Gründe für diese authentische Interpretation bei der Entscheidung des betreffenden Falls erwähnen.

Da nun aber die l. 11, 12 D. h. t. als Interpretationen der Konstitution sie nur nach zwei oder drei Richtungen hin interpretieren, nicht aber erschöpfend referieren, so lehnen wir die Folgerung ab: wie l. 11 und 12 nur von vertragsmässigen Zinsen handelt, so seien auch die Konstitutionen 4, 5, 7 C. h. t. als nur von vertragsmässigen Zinsen handelnd anzusehen. Denn auch wenn es richtig ist, dass die nur nach einzelnen Punkten hin interpretierenden leges 11 und 12 nicht von Verzugszinsen sprechen, so kann man nicht folgern, auch die Konstitution rede entgegen ihrer allgemeinen Fassung nicht von gesetzlichen Zinsen.

Da also Goldschmidt nicht bewiesen hat, dass trotz der Koexistenz der Forderungen Verzugszinsen gefordert werden dürfen, so ist auch die Folgerung unrichtig, die Kompensation sei für den Moment der Koexistenz als Zahlung nicht zu behandeln und wirke nicht auf den Moment der Koexistenz.[116]

2. Kapitel.

In Anwendung des im 1. Kapitel gewonnenen Resultats könnte an sich die condictio indebiti als allgemein giltige Klage angesehen werden.

Unter condictio indebiti verstehe ich diejenige Kondiktion „wegen ungerechtfertigten Erwerbes", die begründet wird durch eine in entschuldbarem Irrtum bewirkte Zahlung einer vermeintlich, aber tatsächlich nicht bestehenden Schuld.[1] [2]

---

[116]) Im übrigen sind Goldschmidts Ausführungen hauptsächlich gegen die Retrotraktionstheorie und nur indirekt gegen die hier vertretene Ansicht gerichtet.

[1]) Diese Definition schliesst sich eng an die Dernburgs an (Pand. II. S. 378).

[2]) In den übrigen Beziehungen stimmt auch Windscheids Definition (II. 834) mit der im Text gegebenen überein, nur setzt Windscheid statt „Irrtum" den Begriff der Voraussetzung. Windscheid „Voraussetzung" (S. 5) sieht die condictio indebiti innerlich begründet

Die Voraussetzungen der condictio indebiti sind:

1. Zahlung zum Zwecke der Schuldtilgung.[3]
2. Die Schuld, die getilgt werden soll, besteht nicht.
3. Die Zahlung muss in entschuldbarer Unkenntnis über das Nichtbestehen der Schuld erfolgt sein.

Die unter 1 und 3 angegebenen Erfordernisse werden gewiss der Anwendung der condictio indebiti für den Fall nicht im Wege stehen, dass der zahlende Schuldner in entschuldbarer Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis Zahlung leistet. Es fragt sich nur, ob der Begriff des „indebitum" gegeben ist. Selbstverständlich ist er dann gegeben,

a) wenn eine Schuld nicht bestand, oder
b) nicht mehr bestand.

Wenn man aber die „obligatio" auffasste als das „juris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei"[4], dann war die notwendige Konsequenz, dem Schuldner die condictio indebiti zu gewähren, „a quo invito pecunia exigi non poterat", dem also eine peremptorische Einrede zu Gebote stand, d. h. eine „exceptio, quae semper locum habet nec evitari potest", l. 3 D. 44, 1. Dies finden wir ausdrücklich bestätigt in den Quellen mit den präzisesten Worten von Marcian: „qui exceptionem perpetuam habet, solutum per errorem repetere potest", l. 40 pr. D. h. t., ebenso auch von Ulpian: „indebitum autem solutum accipimus non solum, si omnino non debeatur, sed et si per aliquam exceptionem perpetuam peti non poterat", l. 26 § 3 D. h. t. und dann vier Paragraphen weiter, ebenfalls von Ulpian in § 7: „adeo autem perpetua exceptio p a r i t condictionem".

Im vorhergehenden haben wir gesehen, dass durch den Kompensationszustand die Forderungen mit einer exceptio perpetua affiziert werden. Bezahlt also B die Forderung des A, anstatt aufzurechnen, so zahlt er eine mit

---

in der Voraussetzung, ebenso Kohler (XX. S. 18). Hiergegen insbesondere Witte (S. 65-66). Die herrschende Ansicht sieht jedoch den Grund der condictio in der Entschuldbarkeit des Irrtums. Diese Kontroverse ist, da die Voraussetzungen der condictio indebiti unbestrittene sind, für die Entscheidung unserer Frage irrelevant.

[3]) Dernburg Pand. II. S. 378-379.
[4]) Erxleben S. 92.

einer exceptio perpetua behaftete Forderung. Es würde ihm also die condictio indebiti zustehen. Dieses Resultat haben wir aus allgemeinen Grundsätzen gewonnen. Es ist richtig, sofern nicht etwa die l. 10 § 1 D. 16, 2 als Sondernorm die hier vertretene Konstruktion der condictio indebiti ausschliesst. Bevor wir diese Frage erörtern, müssen wir uns noch gegen einige Einwendungen verteidigen.

So machte Eisele[5] geltend: „Eine in Unkenntnis einer exceptio perpetua geleistete Zahlung kann mit der condictio indebiti zurückgefordert werden, weil die exceptionsmässig affizierte Schuld dergestalt als Nichtschuld gilt, dass eine in Kenntnis der exceptio geschehene Leistung als Schenkung gilt". Wenn dies aber der Fall ist, so kann nach Eisele die condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der Kompensationsbefugnis nicht in der exceptio perpetua begründet sein, weil man nach Eisele[6] nicht von Schenkung sprechen kann bei Zahlung in Kenntnis der Kompensationsbefugnis. Diese letztere Behauptung haben wir vorhin schon dahin widerlegt,[7] dass eine in Kenntnis des „jus compensationis" bewirkte Leistung in demselben Sinne Schenkung[8] ist wie die in Kenntnis der exceptio perpetua vorgenommene Erfüllung eines auf Grund eines synallagmatischen Vertrages bestehenden Anspruchs. Wenn also Eiseles zu Anfang dieses Absatzes zitierter Satz generell anwendbar ist, so würde er nur ein fernerer Beweis der hier vertretenen Konstruktion der condictio indebiti sein.

Diese von Eisele[9] für den Fall der exceptio perpetua aufgestellte Relation zwischen Schenkung und condictio

---

[5]) S. 262.
[6]) S. 223.
[7]) S. 26 ff.
[8]) Auch Siber (S. 72) nimmt die Schenkungsnatur der in Kenntnis des „jus compensationis" bewirkten Leistung an, beschränkt dies aber auf die Fälle, wo „sich der Schuldner durch freiwilligen Verzicht auf die Kompensation des einzigen Zwangsmittels zur Durchführung seines vollen Anspruchs gegenüber dem „bonorum emptor", seines bloss naturalen Anspruchs begibt, oder, wenn er zu hohe Zinsen zahlt." Für eine derartige Beschränkung liegt nach dem in S. 26 ff. Dargelegten keinerlei Ursache vor.
[9]) S. 262.

indebiti ist nun keineswegs unbegründet: „Cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est“[10], l. 53 D. 50, 17. Von dem Gedankengang dieser lex aus ist m. E. die Tatsache zu betrachten, dass die in Kenntnis der exceptio S. C. Macedoniani bewirkte Erfüllung der Darlehnsschuld — als Leistung einer Naturalschuld — nicht Schenkung ist, während auf der anderen Seite die condictio indebiti bei Zahlung in Unkenntnis der exceptio S. C. Macedoniani nicht begründet wird.

Ferner hat man gegen uns geltend gemacht, dass der Anstellung der condictio die Kompensationserklärung voraufgehen müsse. Den entscheidenden Beweis glaubt Leonhard[11] in der c. 2 C. h. t. zu sehen: „Ex causa quidem judicati solutum repeti non potest, eapropter nec compensatio ejus admitti potest“.

Von einem zeitlichen Verhältnis spricht die lex citata überhaupt nicht. Der erste Teil „ex causa quidem judicati solutum repeti non potest“ ist ein altes römisches Sprichwort.[12] Und wie könnte dies in einen zeitlichen Zusammenhang mit der Kompensation gebracht werden? Der Zusammenhang ist vielmehr der: Der erste Satz gibt den Entscheidungsgrund für den zweiten. Zahlung auf Grund eines Judikats begründet keine condictio indebiti; da ich eine solche aber nicht habe, kann ich sie nicht zur Kompensation verwenden. Für die Annahme, dass das Verhältnis zwischen condictio indebiti und Kompensation in der lex citata ein zeitliches ist, fehlt jeder Anhalt. Wir

---

[10]) Dieser Satz und die von Eisele für den Fall der exceptio perpetua aufgestellte Begründung der condictio indebiti bedarf insofern natürlich der Einschränkung, als der Grund für die condictio indebiti nicht darin zu suchen ist, dass die in Kenntnis der exceptio perpetua bewirkte Zahlung schon an sich Schenkung ist, sondern die condictio darin ihren inneren Grund hat, dass die betreffende Leistung nur die Grundlage einer Schenkung ist; denn zu einer solchen gehören auch noch andere Tatbestandsmerkmale. Nicht jede in Kenntnis der exceptio perpetua bewirkte Leistung ist Schenkung, z. B. nicht die Erfüllung, bei der man lediglich zur Vermeidung von Prozessen, zur Aufrechterhaltung einer Geschäftsverbindung das Geltendmachen der exceptio perpetua unterlässt. (Dernburg Pand. II. S. 380 Anm. 18).

[11]) Leonhard S. 164.

[12]) Dernburg Pand. II. S. 381.

bleiben also dabei, dass der oben allgemein giltig gewonnenen Konstruktion der condictio indebiti an sich nichts im Wege steht.

Zweiter Teil.

Die l. 10 D. 16,2 schliesst das gewonnene Resultat nicht aus, sondern bestätigt es.

„Si ambo socii parem neglegentiam societati adhibuimus, dicendum est, desinere nos invicem esse obligatos ipso jure, compensatione neglegentiae facta. Simili modo probatur, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam neglegentiam exhibuerit, quae eadam quantitate aestimatur, compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem. Si quis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto".

Was zunächst das Verhältnis von Satz 1 und Satz 2 der lex citata betrifft, so ist es streitig, ob in Satz 1 Kulpakompensation oder Forderungskompensation vorliegt. Für ersteres ist: Dernburg,[1] Pernice,[2] Brinz.[3] Dies wird bestritten von: Siber,[4] Leonhard,[5] Eisele.[6] Für die Kulpakompensation scheint mir das „compensatione neglegentiae facta" zu sprechen, dagegen das „desinere esse obligatos" für eine Forderungskompensation, da die zitierten Worte einen Verpflichtungszustand voraussetzen.[7]

---

[1]) S. 334.
[2]) Labeo I. 2 S. 31.
[3]) Krit. Vierteljahrsschr. Bd. 19. S. 332.
[4]) S 73.
[5]) S 114.
[6]) S 173.
[7]) So auch Ubbelohde S. 105.

Wenn Ubbelohde[8] und Leonhard[9] nun interpretieren, „wir hören auf, obligiert zu sein, sobald wir den Kompensationsakt vorgenommen haben“ (compensatione facta): so übersehen sie, dass es „compensatione neglegentiae facta“ heisst, und nicht „compensatione facta“.[10] Vom Standpunkt der Kulpakompensation ist das „esse obligatos“, vom Standpunkt der Forderungskompensation das „compensatione neglegentiae facta“ nicht zu halten.

Vielleicht liegt die Wahrheit in der Mitte. Wenn der zweite Satz eine ganz offenbare[11] Analogie des ersten ist, — „simili modo“ — der zweite Satz aber von der Forderungskompensation spricht, dann muss doch m. E. auch der erste Satz der Hauptsache nach von Forderungskompensation reden. Wahrscheinlich stellt sich das Verhältnis nun so dar: „Compensatione neglegentiae facta“ ist Parenthese, so dass der Gedankengang wäre: Der Sozius A hat gegen den Sozius B eine Forderung wegen mangelnder Sorgfalt; aus dem nämlichen Grunde erwirbt der Sozius B eine Gegenforderung; damit aber hören sie auf, „invicem esse obligatos“ — und nun als Parenthese und Entscheidungsgrund: Denn ihr Mangel an Diligenz gleicht sich aus; sie haben sich gegenseitig nichts vorzuwerfen. — Eine derartige Begründung im Munde Ulpians braucht uns nicht wunder zu nehmen.[12] Wie dem aber auch sein möge, entweder die lex citata handelt von Kulpakompensation und scheidet demnach mit ihrem ersten Satze hier aus, oder sie lässt sich als Forderungskompensation aus den allgemeinen, oben gewonnenen Grundsätzen der Kompensationslehre erklären. Dann aber bedeutet die Stelle: Der Sozius A ist dem Sozius B infolge seines Verschuldens mit der actio pro socio verhaftet. B wird in gleicher Weise verpflichtet; auf Grund der eingetretenen Affektion der Forderungen gewinnt Ulpian das Urteil, dass sie aufhören, verpflichtet zu sein. Und so sagt er, „dicendum esse desinere nos invicem esse

---

[8]) S. 202.

[9]) S. 115.

[10]) Auch bei Lenel S. 145 enttällt das „neglegentiae“.

[11]) Diese Analogie nimmt auch Ubbelohde S. 107 an gelegentlich der Kritik Dernburgs.

[12]) Denn gerade bei Ulpian finden sich häufig derartige Erwägungen, vgl. solche bei Pernice „Ulpian als Schriftsteller“ in dem Sitzungsbericht der Akad. d. Wiss. 1885 Januar—Mai S. 444.

obligatos“: in dem Sinne, wie er in wörtlichem Anklang sagt, „dicendum est, non esse obligatum, si exceptione se tueri potest“, l. 20 § 3 D. 40, 12. Im wirtschaftlichen Sinne gilt der Satz: „nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur“.

Jedenfalls aber der zweite Satz zeigt sich als Anwendungsfall der allgemeinen Sätze der Kompensationslehre. A ist mit der actio pro socio wegen mangelnder Diligenz verpflichtet, B deshalb, weil er aus der „res communis“ etwas für sich verwendete.

Wenn einer Forderung aber eine andere gegenübersteht, dann tritt die Kompensationskraft ein, „compensationem factam videri“. Die Forderungen werden mit einer exceptio perpetua affiziert; damit wird die „obligatio“ „inefficax“, „inanis“. In diesem Sinne tritt die Liberation ein. „Nihil interest, ipso jure quis actionem non habeat an per exceptionem infirmetur“.

So sehen wir denn, dass die in der l. 10 pr. D. h. t. erwähnte Kompensation restlos aufgeht in der oben gefundenen Erklärung für die Kompensationswirkung im allgemeinen. Für diese allgemein giltige Kompensationswirkung ist also die l. 10 pr. D. h. t. nur ein Beispiel; sie ist nicht lex specialis. Es soll uns an einem praktischen Fall gezeigt werden, dass der Kompensationszustand zur „liberatio“ im obigen Sinne führt. Denn das Wort „liberatio“ ist das letzte Glied in der Gedankenreihe Ulpians. Eine Lücke[13] oder die Hand der Kompilatoren hier zu vermuten, liegt keinerlei Ursache vor. Zwischen principium und § 1 besteht ein notwendiger Zusammenhang. Wenn das principium an einem Beispiel den allgemein giltigen Satz entwickelt, dass der Kompensationszustand zur „liberatio“ führt, so ergibt sich daraus als Konsequenz der generelle Satz: Der eingetretenen „liberatio“ entspricht im Falle der Zahlung die condictio indebiti. Die condictio indebiti des § 1 ist also auf einer allgemeinen Rechtsnorm aufgebaut. Die condictio indebiti zeigt sich deutlich durch das Wort „igitur“ als Konsequenz des Kompensationszustandes und seiner Wirkung der „liberatio“. So können wir

[13]) Zum selben Ergebnis kommt Fuhr S. 132, vgl. auch Leonhard S. 114-115. Ubbelohde S. 199, Krug S. 68-69. Anderer Meinung: Eisele S. 173-174.

die l. 10 § 1 D. h. t. als die allgemein giltige Norm behandeln, als die sie sich schon äusserlich durch das Wort „quis“ charakterisiert.[14]

So wird denn auch die condictio indebiti von fast allen Schriftstellern als allgemein giltige Klage behandelt. Der einzige Schriftsteller, der ihr diesen Charakter bestreitet, ist Koch.[15] Er stützt sich auf die l. 30 D. 12, 6, die er interpretiert: „wenn bei wechselseitigen Forderungen Kompensation nicht s t a t t g e f u n d e n habe, sondern gezahlt sei, so habe der Zahlende nur die Klage aus seiner Forderung“. Darauf erwidern wir ihm: „Locum non habere“[16] heisst nicht, dass die Kompensation nicht stattgefunden hat, sondern dass sie nicht statt hat.[17]

Danach können wir aber hieraus per argumentum a contrario mit Eisele[18] die allgemeine Zulässigkeit der condictio indebiti folgern für den Fall, dass der Schuldner aufrechnungsbefugt ist, in Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis aber zahlt. Die condictio indebiti der l. 10 § 1 D. 16, 2 ist also auf das Sozietätsrecht nicht beschränkt.

Dritter Teil.

Besprechung der in der Litteratur aufgestellten Konstruktionen der condictio indebiti, soweit sie von der hier vertretenen abweichen.

Die grosse Mehrzahl der Schriftsteller glaubt, dass die condictio indebiti in unserem Falle nicht eine eigent-

---

[14]) Auf das „quis“ macht aufmerksam: Kanold S. 18.
[15]) S. 739.
[16]) Vgl. Brissonius S. 748-49 (Jahrg. 1743).
[17]) Vgl Belian S. 18.
[18]) S. 260.

liche condictio indebiti, sondern nur eine analoge Anwendung derselben sei[1] [2]: die meisten auf Grund der Erwägung, dass die condictio hier vor der Kompensation liegen müsse, wie eben die Kompensation von dem betreffenden Standpunkt sich darstellt.

Aus zwei Gründen hält man dies für gerechtfertigt. Betreffs der Geltendmachung, dass c. 2 C. h. t. dies ver-

---

[1]) Auch die Theorie des Martinus könnte ebenfalls zu einer inneren Begründung der eigentlichen condictio indebiti führen. Sie scheidet aber infolge der oben angegebenen Gründe aus und ist um so weniger bei der Frage nach der inneren Begründung der condictio zu berücksichtigen, als in l. 10 § 1 D. h t. durch die Worte „compensare potens" die Vonselbsttilgung der compensabelen Forderungen negiert ist.

[2]) „Der Grund der condictio indebiti ist nicht zu suchen in der Tilgung der Forderungen durch die Existenz der Gegenforderung, sondern in der Möglichkeit, sich durch Berufung auf die Gegenforderung eine Zahlung zu ersparen." Dieser von Eisele, Archiv Bd. 55 S. 194, ausgesprochene Gedanke verdichtet sich in einer allerjüngsten Monographie (Liebknecht: Kompensationsvollzug S. 52.) zu dem Gedanken, die condictio indebiti als aus der Wahlobligation hergeleitet zu erklären; gemeint ist aus der Wahlobligation mit Wahlrecht des Schuldners. Ich glaube nun allerdings mit Pescatore annehmen zu dürfen, dass gemeinrechtlich die l. 32 § 3 D. 12, 6 den Vorzug vor der l. 19 de leg. II. (31) verdient, dem Schuldner also die condictio indebiti zusteht bei Leistung in Unkenntnis des alternativen Charakters der betreffenden Obligation (Pescatore, Alternative Obligation S. 169). In der Tat scheint auch etwas Alternatives in der definitiven Kompensation zu liegen. Die Frage wird sich verschieden gestalten, je nachdem man mit Dernburg (S. 548), Windscheid (S. 436 Anm. 16), Schwanert (S. 68) eine Klage auf Kompensation gewährt oder nicht.

Nimmt man eine „actio compensationis" für nicht begründet an, so wird man wohl nur von „facultas alternativa" reden können. Denn — ich schliesse mich diesbezüglich Pescatore (S. 266) an — die Alternativobligation unterscheidet sich von der „facultas alternativa" gerade dadurch, dass bei ersterer der Schuldner entweder zu dieser Leistung oder zu jener gezwungen werden kann. Hingegen bei der „facultas alternativa" ist der Zwang nur auf eine Leistung gerichtet. Die Entrichtung der anderen liegt im Belieben des Schuldners. (Vgl. Zitelmann S. 509 und die dort gegebene psychologische Nüancierung zwischen der „facultas alternativa" und der Alternativobligation.) Wenn man das Geltendmachen der exceptio als Leistung ansehen wollte, so könnte man doch den Schuldner nicht zwingen, dass er diese Leistung vornehme. Vielmehr könnte das Verhältnis doch nur so sein, dass der Gläubiger zwar auf Leistung klagen, der Schuldner aber durch die Kompensationsdefension die Klageabweisung herbeiführen könnte. Wenn man hier von einem

lange, verweise ich auf das Obenstehende.[3] Es bleibt noch ein Grund. Dies ist das „quasi“ in l. 10 § 1 D. 16, 2 und in l. 30 D. 12, 6 das „veluti“, Das „quasi“ bedeutet hier nicht „gewissermassen“, nicht das „Uneigentliche“, es gibt nur den Gesichtspunkt an, unter welchem die vorliegende Tatsache aufzufassen ist;[4] darauf, dass „quasi“ nicht bloss das „Uneigentliche“ bedeutet, hat schon Windscheid[5] hingewiesen, und man hat es ihm auch allgemein zugegeben: so insbesondere Eisele[6] und Leonhard.[7]. Ich gehe aber noch weiter. Für die gemeinrechtliche Interpretation kann „quasi“ m. E. das „Uneigentliche“ hier keinesfalls bedeuten. Denn am Schlusse von l. 10 pr. D. 16, 2 redet Ulpian von einer „liberatio“; auf sie bezieht sich die condictio indebiti. Mag nun die „liberatio“ „ipso jure“ oder durch Erwerb einer exceptio perpetua eingetreten sein, der „liberatio“ korrespondiert die echte, die eigentliche condictio indebiti. Und daran halte ich unbedingt fest. Denn die condictio ist Folge der „liberatio“. Und dies wird zum Ausdruck gebracht durch das Wort: „igitur“.

Aber man hat darauf aufmerksam gemacht, dass in der l. 30 D. 12, 6 sich ein „veluti“ finde.[8] Abgesehen da-

---

alternativen Verhältnis reden will, so kann man doch höchstens von „facultas alternativa“ sprechen. Wenn A dem B 100 schuldet, und B dem A ebenfalls 100 schuldet, so könnte der A seinerseits auf Leistung klagen, und B sich durch die Kompensationseinrede, als die angebliche Leistung, — so müsste man konstruieren — liberieren.

Nimmt man aber eine Klage auf Kompensation als gegeben an, so könnte man vielleicht von einer Wahlobligation reden, aber wohl nur von einer solchen mit Wahlrecht des Gläubigers. Dieses Wahlverhältnis würde noch dadurch modifiziert, dass der Schuldner gegenüber der Leistungsklage die „exceptio compensationis“ hätte, und, wenn man darin ein alternatives Verhältnis sieht, so würde dem Schuldner der Leistungsklage gegenüber eben eine „facultas alternativa“ zustehen.

Von unserem Standpunkt können wir das Geltendmachen der exceptio als Leistung nicht betrachten.

[3]) cfr. S. 48.

[4]) Erxleben Bd. II. S. 93 Anm. 32, vgl. auch Voigt S. 650 und 304.

[5]) S. 430 Anm. 5.

[6]) S. 266.

[7]) S. 166.

[8]) Eisele S. 266, Schwanert S. 12, Stampe S. 25, Geib S. 23 Note 1.

von, dass wir die l. 30 als interpoliert[9] ansehen müssen, so ist doch diese lex in einer derartigen Breite geschrieben, dass ich auf Grund eines einzigen Wortes dieser lex keine Konstruktion der condictio indebiti aufbauen möchte, die im Gegensatz steht zu der condictio indebiti der l. 10 § 1 D. h. t. Zudem könnte man einwenden, dass ja „veluti" nicht bloss das Uneigentliche bedeutet, sondern gleich „dumtaxat", „scilicet"[10] die Beschränkung. Der behaglichen Breite des Stils entspricht es, wenn Ulpian sagt: „So hat er keine condictio — natürlich indebiti." —

Die nun zu besprechenden Konstruktionen der condictio indebiti basieren auf einem Worte, das wahrscheinlich keine Bedeutung hat; sie stehen im Widerspruch mit der l. 10 § 1 D. 16, 2.

Eisele[11] geht von dem Satz aus: Die einzige Wirkung der Kompensabilität sei die Befugnis des Schuldners, aufzurechnen. Durch eine in Unkenntnis dieser Aufrechnungsbefugnis vorgenommene Zahlung gehe sein Aufrechnungsrecht nicht verloren. Der aufrechnungsbefugte, aber zahlende Schuldner könne dann die Zahlung ratihabieren oder kompensieren. So bestehe eine Ungewissheit. Als Ursache der condictio indebiti sieht Eisele die bestehende Ungewissheit an, ob der Schuldner die Zahlung ratihabieren oder kompensieren werde. Diese Begründung der condictio indebiti stützt er auf l. 56 D. 12, 6; in ihr werde die Ungewissheit als kausal für die condictio indebiti bezeichnet.[12] Die l. 56 D. 12, 6 sieht meiner Auffassung nach als Ursache für die condictio indebiti nicht eine Ungewissheit schlechthin an, sondern die Ungewissheit, ob eine exceptio perpetua oder temporaria vorliegen werde. Selbst wenn wir uns aber ganz auf den Boden der Eiseleschen Theorie stellen, so handelt es sich doch von seinem

---

[9]) Dernburg S. 588.

[10]) Vgl. Dirksen Manuale unter „veluti".

[11]) Eisele S. 259, im Prinzip auch so Leonhard S. 164-165, auch Geib S. 24.

[12]) Dagegen macht Windscheid S. 430 geltend, die Stelle rede überhaupt nicht von einer Ungewissheit, sondern entscheide nur, dass eine exceptio, die möglicherweise wegfallen kann, nicht als „temporalis" behandelt werden dürfe. Eine Ungewissheit möchte ich mit Eisele annehmen; denn es heisst in l. 56 D. 12, 6: „sufficit ad causam indebiti incertum esse etc."

Standpunkt aus in unserem Tatbestande um die Ungewissheit, ob eine „s o l u t i o“ sein oder nicht sein werde; es handelt sich aber nicht um die Ungewissheit, ob eine exceptio perpetua oder temporalis sein werde. Eine Ideenassociation von „ipso jure“ wirkenden und „ope exceptionis“ wirkenden Verteidigungsmitteln lehnen wir ab.[13] Ferner ist in l. 56 D. 12, 6 die Ungewissheit bedingt durch einen objektiven Umstand; in unserem Tatbestand ist nach Eiseles Auffassung aber die Ungewissheit bedingt durch den Willen der Partei, was doch auch eine differentielle Behandlung rechtfertigt. Denn zunächst nimmt Eisele die Ungewissheit schon vor der Zahlung an, insofern als der Beklagte die Befugnis habe, zu kompensieren, statt zu zahlen. Diese Ungewissheit gleicht doch gewiss der einer Potestativbedingung, während die der l. 56 D. 12, 6 einer kasuellen Bedingung gleicht. Eisele meint ferner, dass der Schuldner durch eine in Irrtum geschehene Zahlung seine Befugnis zu kompensieren nicht verliere: „nulla voluntas errantis“. Da trotz der Zahlung der Schuldner seine Aufrechnungsbefugnis nicht verliere, so sei der forderungstilgende Effekt der Zahlung nicht eingetreten, so dass der Schuldner nach bewirkter Leistung die Wahl habe zu ratihabieren oder zu kompensieren. Also auch hier wird die Ungewissheit nicht durch ein objektives Ereignis wie in der l. 56 D. 12, 6, sondern durch einen Willensakt der Partei entschieden.

II. Wendet man aber trotz des Unterschiedes von „exceptio“ und „solutio“ und trotz der Verschiedenartigkeit der Unbestimmtheit in unserem Falle und in dem der l. 56 D. 12, 6 diese auf unsere Frage an, so kann man dennoch nicht Eisele weiter folgen. Denn, wie er von seinem Standpunkt aus zugeben muss, kann auch hier die Kompensation sich nicht durch Rechtsgeschäft vollziehen; es bedarf der Klage; der Kläger stellt ein doppeltes Petitum[14]: 1. Der Richter möge die Kompensation zur Perfektion bringen und 2. die condictio zulassen. Da nun aber noch nicht kompensiert ist, liegt zur Zeit der Litiskontestation keine Zahlung eines „indebitum“ vor. Deshalb werde nach Eisele auch die condictio nur als

[13]) Vgl. Savigny Bd. V. S. 169.
[14]) Eisele S. 265.

analoge Klage gegeben, als condictio „q u a s i indebiti". Liegt nun aber zur Zeit der Litiskontestation keine Zahlung eines „indebitum" vor, so mangelt es m. E. an der Grundlage der Klage, dem „dare oportere". Eisele konstruiert also das Geltendmachen einer Klage, deren „causa efficiens" im Moment der Litiskontestation noch nicht vorhanden ist. Soll doch erst durch den Richter die Kompensation vorgenommen und damit die condictio indebiti materiell begründet werden. Also vom Standpunkt der Klageerhebung: Klage aus einem künftig entstehenden Recht! Diesen Inhalt möchte ich aber dem „veluti" nicht geben in Anbetracht der Bedeutung, die, wie wir oben gesehen, das fragliche Wort tatsächlich hat.

Ebensowenig kann ich mich der zweiten von Eisele erwähnten Konstruktion der condictio indebiti anschliessen. Er will durch die condictio nur den „status quo" herstellen, in Gemässheit der l. 56 D. h. t. Zwar fallen bei dieser zweiten Konstruktion meine sub II geäusserten Bedenken fort. Aber es bleibt auch hier der Unterschied, dass in l. 56 D. h. t. die Ungewissheit darüber besteht, ob eine exceptio perpetua oder temporalis sein werde, während hier die Ungewissheit besteht, ob eine „solutio" ist oder nicht ist.

Stampe[15] geht davon aus, dass die condictio innerlich begründet ist in dem Aufrechnen-k ö n n e n. Da die condictio nach ihm auf der „aequitas"[16] beruht, will er durch die condictio nur die Leistungs a r t rückgängig machen; unberechtigt sei nur, dass der Gläubiger statt der Aufrechnung Barzahlung erhalten habe. Also müsse in der condictio selbst, da sie ja in der Äquität ihren Ursprung hat, dem Gegner des Kondizenten die Vorteile der Kompensation gewährt werden. Für diese Auffassung gibt es m. E. keinerlei Anhalt. Sofern sie etwa in dem „veluti" begründet sein soll, verweise ich auf das Obenstehende.

Schwanert[17] [18] nimmt an, dass die Zahlung die Forderung bereits tilgte. Die „mit Anstellung der condictio

---

15) S. 25.
16) Vgl. dazu Erxleben Bd. I. S. 182, 211.
17) S. 12-13.
18) Auch Unterholzner Bd. I. S. 553 will die Natur der condictio indebiti durch eine nachträglich erfolgende Aufrechnung rechtfertigen.

verbundene und darin enthaltene Bereiterklärung zur Kompensation lässt die Zahlung als die eines „indebitum“ erscheinen.“ Wenn aber die Forderung durch Zahlung bereits definitiv getilgt war, so liegt zur Zeit der Geltendmachung der Kompensation keine gegenseitige Schuld, kein „invicem debere“ vor. Mangelt es aber an der Voraussetzung für die Kompensation, so kann diese nicht vorgenommen werden. So scheint mir Schwanert, da ja nach ihm die Forderung bereits getilgt ist, „zur Aufhebung[19] einer aufgehobenen Forderung“ zu kommen.[20]

Schliesslich sei auch noch die Auffassung Leonhards[21] erwähnt; als Anhänger der rechtsgeschäftlichen Theorie gesteht er dem Kläger die Aufrechnung zu. Der Kläger müsse sie in der Klage vornehmen und ihr hierdurch „die rechtliche Grundlage geben. Nun also entscheide sich, dass seine Schuld durch Kompensation getilgt sei. Der Grund seiner Klage sei also nicht die Zahlung einer Nichtschuld. Darum sei sie auch in den Quellen als analoge Klage, als „condictio veluti soluti“ charakterisiert.“ Auch diese Konstruktion lehnen wir ab, da auch sie, lediglich auf dem irrelevanten Worte „veluti“ beruhend, in offenbaren Gegensatz tritt zu l. 10 § 1 D. h. t.

Diese gewährt die condictio indebiti als die echte, die eigentliche condictio. Als solche wird sie charakterisiert durch die Worte: „compensationem factam videri et ipso jure invicem liberationem. Siquis igitur compensare potens solverit, condicere poterit quasi indebito soluto.“

---

[19]) Windscheid S. 430.
[20]) Vgl. auch Eisele S. 262.
[21]) Leonhard S. 165.

Schluss.

Die wirtschaftliche Bedeutung der condictio indebiti.

Die wirtschaftliche Bedeutung der condictio indebiti bei Zahlung im Fall der Aufrechnungsbefugnis erscheint zunächst nicht gross. Es scheint gleichgiltig zu sein, ob ich die 100, die ich zu fordern habe, mit der actio venditi oder mit der condictio indebiti erhalte.

Schon für das römische Recht der älteren Periode war die condictio indebiti in unserem Fall von immerhin relativer Bedeutung. Liess man einmal die condictio zu, so gewährte sie bei einer „certa pecunia" auch dann den Vorteil der „sponsio tertiae partis", wenn die Gegenforderung des Zahlenden mit einer „bonae fidei actio" zu verfolgen war.[1] Ausserdem war sie praktisch, falls der Gläubiger einer Naturalschuld[2] geleistet hatte und sich so seines in der Kompensation begründeten Rechtes auf Befriedigung begeben hatte. Hatte ferner der Schuldner des Kridars an den „bonorum emptor" bezahlt, so gewährte ihm die condictio den ganzen Anspruch auf die gezahlte Summe, die Kontraktsklage nur die vom „bonorum emptor" gebotenen Prozente.[3]

Eisele[4] hat die condictio indebiti gemeinrechtlich für bedeutungslos erklärt. Doch schon Eck[5] macht bei der Rezension dieser Schrift darauf aufmerksam, dass die condictio indebiti auch eine „datio in solutum" zurückgewähre. Gemeinrechtlich ist fernerhin die condictio indebiti dann von besonderer Bedeutung, wenn der Schuldner einer verzinslichen Forderung gezahlt hat, und zwar gezahlt hat mit

---

[1]) Eisele S. 267.
[2]) Eisele S. 267.
[3]) Geib S. 23, Appleton S. 188, Siber S. 70. Nach Lenel (Quellenforschungen in den Edictscommentaren. Zeitschr. für Savigny-Stiftung Bd. 4. S. 117 ff.) soll die Stelle (l. 10 § 1 D. 16, 2) ursprünglich vom „bonorum emptor" gehandelt haben. Ueber die Bedeutung der condictio im heutigen Konkurse s. Kohler XX. S. 18-19.
[4]) S. 267.
[5]) S. 307 Jenaer Litteraturzeitung. Bd. 4.

Zinsen, während er mit seiner unverzinslichen Forderung hätte aufrechnen können.[6] Sofern man gemeinrechtlich die Kompensationseinrede trotz der Verjährung der einen Forderung oder wenigstens dann gewährt, wenn die Forderung erst nach Eintritt der Kompensationssituation verjährte[7], so ist natürlich auch in diesem Falle die condictio indebiti wirtschaftlich durchaus praktisch.

Fassen wir das gewonnene Resultat zusammen, so können wir sagen: Die generelle Gewährung der condictio indebiti hat im gemeinen Rechte einige wirtschaftliche Bedeutung in dem Falle, dass der Schuldner in entschuldbarer Unkenntnis seiner Aufrechnungsbefugnis zahlte.

---

[6]) Vgl. Kohler XX. S. 18.

[7]) Vgl. Dernburg S. 472-473 über die Aufrechnung mit verjährten Forderungen nach gemeinem Rechte.

Behandlung der Frage nach B.G.B.

Erster Teil.

Die condictio indebiti des B. G. B.

Im B. G. B. lebt im grossen und ganzen die condictio indebiti fort: so, wie sie die gemeinrechtliche Doktrin und Praxis gestaltet hatte. Der Fall, bei dem die Zahlung des „indebitum" in dem Nichtbestehen der Obligation liegt, ist, wie wir sehen werden, im § 812 enthalten. Den Fall, bei dem das „indebitum" durch eine exceptio perpetua gegeben ist, enthält § 813.

§ 813: „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde."

§ 814: „Das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete kann nicht zurückgefordert werden, wenn der Leistende gewusst hat, dass er zur Leistung nicht verpflichtet war . . ."

Aber die gemeinrechtliche condictio indebiti ist nur erhalten geblieben. Sie hat sich im B. G. B. bezüglich der Entschuldbarkeit des Irrtums in einer Weise modifiziert, die wirtschaftlich von weitgehendster Bedeutung ist. Aus dem zitierten § 814 ersehen wir nämlich, dass nur positive Kenntnis von der Nichtschuld die condictio indebiti ausschliesst, so dass also nach B. G. B. der zahlende Schuldner bei Irrtum über die Nichtverpflichtung auch dann kondizieren darf, wenn dieser Irrtum ein unentschuldbarer war.[1]

[1]) Dernburg. B. G. B. Bd. II. Seite 595. Enneccerus & Lehmann S. 749, Cosack S. 622, Matthiass S. 701.

Die Grundlage der Klage aus ungerechtfertigter Bereicherung wählte das B. G. B. im Mangel des „rechtlichen Grundes". Was bedeutet das Wort „ohne rechtlichen Grund"? Zunächst möchte ich mit Planck[2] annehmen, dass der Grund ein rechtlicher sein muss, im Gegensatz zur Billigkeit des einzelnen Falles. Denn das Gesetz bezeichnet den Grund als einen rechtlichen, nicht als einen den konkreten Umständen angemessenen.

Rein negativ lässt sich soviel sicher feststellen: Ich erwerbe einen Vermögensvorteil dann nicht ohne rechtlichen Grund, wenn ich ein subjektives Recht auf den Erwerb dieses Vermögensvorteils habe. Mit dieser rein negativen Feststellung könnten wir uns fast bei der Entscheidung unserer Frage begnügen.

Eine einheitliche Formel für den Mangel des rechtlichen Grundes wird man wohl schwerlich für alle Fälle finden.[3] Die Zahl der verschiedenen Tatbestände ist zu gross.[4] [5] [6]

Ich nenne nur: den Erwerb durch Spezifikation, die condictio causa finita, die Bestimmung des § 684, den Erwerb durch einseitigen Eingriff in eine fremde Vermögenssphäre, z. B. dann, wenn dieser Eingriff nicht vorsätzlich oder fahrlässig ist. Kipp erwähnt als Beispiel: Ich esse das Brot eines anderen, in der Meinung, es sei das

---

[2]) S. 580.

[3]) Collatz hat es versucht, den Mangel des rechtlichen Grundes bei allen Fällen ungerechtfertigter Bereicherung auf einer gemeinsamen Basis aufzubauen. Von der condictio indebiti ausgehend, glaubt er an ihr ganz allgemein den Begriff „Mangel des rechtlichen Grundes" entwickeln zu können und in den Worten gefunden zu haben (S. 20): „Eine Vermögenszuwendung wird allein durch ein Schuldverhältnis gerechtfertigt, kraft dessen der Bereicherte von dem Geschädigten die Vermögenszuwendung zu fordern berechtigt ist." Mit Recht macht Oertmann, Archiv. XVII. S. 340. bei der Rezension dieser Schrift darauf aufmerksam, dass eine Vermögensverschiebung auch dann gerechtfertigt sei, wenn ich condicionis implendae causa leiste. Hingegen könne man doch hier gewiss nicht von einem Schuldverhältnis sprechen, insbesondere also nicht von einem solchen, das der Vermögensverschiebung voraufgehe.

[4]) Kipp in Windscheids Pandekten Bd. II. (Im folgenden nur Kipp zitiert). S. 820-821.

[5]) Siehe auch Cosack S. 620.

[6]) Vgl. auch Hellwig S. 135.

meine.[7] Dem stehen die verschiedenartigsten anderen Fälle gegenüber, so dass man wohl mit Windscheid[8] davon absehen kann, eine „alle Fälle" umfassende Formel für die Frage zu suchen, wann eine Vermögensverschiebung ohne rechtlichen Grund sich vollzieht.

Für diejenigen Fälle, in welchen die Vermögensverschiebung[9] sich mit dem Willen des anderen Teils vollzieht, müssen wir beachten, dass die zweite Kommission[10] den Begriff der Voraussetzung eliminierte, den der erste Entwurf als die Grundlage der condictio ansah. Auf der Voraussetzung sollte nicht der Mangel des rechtlichen Grundes aufgebaut werden. Vielmehr ging die zweite Kommission davon aus, dass keine Leistung Selbstzweck sei, sondern einem wirtschaftlichen Zweck diene. Dieser wirtschaftliche Zweck ist bestimmend für das Rechtsgeschäft. Die Zweckbestimmung erschien der zweiten Kommission als die Grundlage des Rechtsgeschäftes. Den Zweck hielt die zweite Kommission für den Rechtsgrund der Leistung.[11] Kann eine Leistung ihren Zweck nicht erreichen, z. B. die Zahlung die Schuld nicht tilgen,[12] da eine solche nicht besteht, so ist zwar das Eigentum übergegangen, aber ohne rechtlichen Grund, weil der Zweck der Leistung zu ihrem Rechtsgrunde werden sollte. Diese Auffassung der zweiten Kommission wurde gesetzlich fixiert in den §§ 812, 813, 814, und zeigt sich z. B. in den Worten des § 812 „der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäfts bezweckte Erfolg".[13]

Diese Auffassung des Wesens der grundlosen Bereicherung liegt also auch der condictio indebiti zu Grunde, die auch nach B. G. B. fortbesteht, insbesondere auch für den Fall der Zahlung auf eine Schuld, die nicht oder nicht mehr besteht. Denn im § 812 ist letzterer Fall der condictio indebiti enthalten. Auf zweierlei Weise können wir diese Zahlung einer Nichtschuld unter § 812 Abs. 1 subsumieren. Dabei gehen wir entweder davon aus, dass die

---

[7]) Kipp S. 820.
[8]) S. 813.
[9]) Vgl. auch hierzu Hellwig S. 135.
[10]) Planck S. 575.
[11]) Planck S. 576.
[12]) Planck S. 576. Vgl. auch Kipp S. 826.
[13]) Kipp S. 820.

Leistung ohne Rechtsgrund erfolgt ist[14]: was wir nach dem Vorhergehenden dürfen. Von diesem Gesichtspunkt aus betrachtet, fiele dieser Fall der condictio indebiti unter § 812 Abs. 1 Satz 1. Andererseits können wir die condictio indebiti unter § 812 Abs. 1 Satz 2 subsumieren, mit der Erwägung, dass ja beim Tatbestand der condictio indebiti der nach dem Inhalt des Rechtsgeschäftes[15] bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Denn der mit dem Rechtsgeschäft der Zahlung bezweckte Erfolg ist Befreiung von einer Schuld. Da eine solche aber nicht bestand, kann der Zahlende von der Obligation nicht befreit werden; der mit der Leistung nach dem Inhalt des Zahlungsgeschäftes bezweckte Erfolg ist nicht eingetreten, der Zahlungsempfänger also zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet: condictio indebiti.

Den anderen Fall der condictio indebiti enthält § 813. So haben wir denn nach B. G. B. als Voraussetzung der condictio indebiti:

1. die Zahlung zum Zweck der Schuldtilgung und
2. das Nichtbestehen der Schuld, bezw., dass derselben eine zerstörliche Einrede entgegensteht.

Zweiter Teil.

Weder der Tatbestand des § 812 noch der des § 813 ist gegeben im Fall der Zahlung in entschuldbarer Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis.

1. Kapitel.

§ 812.

I.

§ 812 ist deshalb nicht anwendbar, weil die dem B. G. B. zu Grunde liegende Auffassung von der Aufrechnungssituation eine Anwendung dieses Paragraphen ausschliesst.

Nach den Motiven Bd. II. S. 108 sollte die Frage nach dem Kompensationszustand dahin geregelt werden, dass

[14]) Planck S. 584.
[15]) Planck S. 584.

sich die Forderungen nicht affizieren. Lediglich aus rechtspolitischen Rücksichten sollte die Zurückdatierung „im Wege positiver Satzung" durch juristische Fiktion eingeführt werden. Hierbei war der Gedanke massgebend, dass, wenn man das aufgestellte Prinzip durchführe, ohne diese Zurückdatierung „mora", Vertragsstrafe und Verzinsung ausschliesslich nach der Zeit der Aufrechnungserklärung beurteilt werden müssten. So wurde im § 389 bestimmt:

> „Die Aufrechnung bewirkt, dass die Forderungen, soweit sie sich decken, als in dem Zeitpunkt erloschen gelten, in welchem sie zur Aufrechnung geeignet einander gegenübergetreten sind."

Aus diesem Paragraphen folgt: Sofern die Aufrechnungserklärung abgegeben ist,

1. gilt die Verpflichtung zur Zinszahlung in dem Moment als erloschen, in dem sich die Forderungen kompensabel gegenübergetreten sind,[1]

2. gilt nach der Aufrechenbarkeit der Verzug von dieser Zeit ab als nicht mehr eingetreten,

3. gilt die Vertragsstrafe, die nach der Koexistenz verfällt, als nicht verwirkt.

Wenn das B. G. B. tatsächlich das Prinzip durchgeführt hat, dass die Forderungen trotz ihrer Koexistenz

---

[1]) Lippmann in Iherings Jahrbüchern XLIII. S. 439 gibt das Prinzip zu, die Forderungen berühren sich nicht, glaubt aber, dass nach B.G.B. das Prinzip der Rückwirkung nicht durchgeführt werden könne. Wenn A gegen B eine Forderung hat, und B gegen A eine zinstragende Forderung, so könne B seinen Zinsanspruch doch an C zedieren. Wenn C den zedierten Zinsanspruch geltend mache, so dürfe A sich nicht darauf berufen, er habe B gegenüber aufgerechnet; sonst würde ja die selbständige Klagbarkeit der Zinsansprüche negiert. Diese Auffassung halte ich für bedenklich: wirtschaftlich wie juristisch, wirtschaftlich, weil ein aufrechnungsbefugter Schuldner durch eine Cession seiner Zinsen den Gläubiger des Vorteils der Aufrechnungssituation berauben könnte. Juristisch teile ich diese Auffassung nicht. Denn wenn das B.G.B. sagt: Die Forderungen gelten im Falle der Aufrechnungserklärung mit dem Moment ihrer Koexistenz als erloschen, so drückt es damit aus, dass es die nach der Koexistenz an sich entstandenen Zinsansprüche als nicht entstanden behandeln will. Dabei kann es aber keinen Unterschied machen, ob der ursprüngliche Gläubiger oder ein Zessionar sie einklagen will. Hätte das B.G.B. eine Ausnahme zu Gunsten des Zessionars gewollt, so hätte es dies ausdrücklich statuieren müssen.

unberührt fortexistieren, so ergibt sich daraus mit Notwendigkeit die Unzulässigkeit der condictio indebiti für den Fall der Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis. Diese Konsequenz haben auch die Motive II. S. 109 gezogen. Wenn die Forderungen sich nicht mit einer Einrede affizieren, so ist § 813 unmöglich anwendbar. Als ebenso unzulässig muss sich auch die Anwendung des § 812 erweisen. Denn wenn die Forderungen aufeinander nicht einwirken, so hat der Gläubiger einen Anspruch auf Zahlung. Diese geschieht — cf. oben — dann nicht ohne rechtlichen Grund — § 812 Abs. 1 Satz 1 —. Auch § 812 Abs. 1 Satz 2 wird sich nicht anwenden lassen. Denn der mit dem Inhalt des Rechtsgeschäfts der Zahlung bezweckte Erfolg ist eingetreten; der Schuldner wird ja liberiert.

Das B. G. B. hat im § 389 das Prinzip aufgestellt: Die Forderungen affizieren sich nicht. Im Fall der Aufrechnungserklärung gelten die Forderungen mit dem Moment ihrer Koexistenz als erloschen; sie sind es nicht. Dieses Prinzip hat das B. G. B. durchgeführt, wie sich aus unserer Auseinandersetzung mit den anderen Theorien, insbesondere bei Besprechung der §§ 1376, 268 (und insofern auch der §§ 1142, 1249), ergeben wird.

II.

Besprechung der Theorie der „suspensiven Tilgung" und Darlegung der Unmöglichkeit einer Anwendung des § 812.

Trotz des klaren Wortlauts des § 389 hat man[2] behauptet, schon vom Moment der Koexistenz ab treten die Wirkungen der Kompensation ein, schon von diesem Moment ab höre der Zinslauf auf, schon jetzt könne keine Vertragsstrafe mehr verfallen; nur zur „Auslösung" dieser Wirkung bedürfe es eines Erklärungsaktes.[3]

---

[2]) Insbes. Endemann S. 643, 644; im Prinzip so auch Oertmann, civil. Rundschau bei Kohler und Ring XIII. S. 125 (mit Bezugnahme auf Liebknecht). Vgl. auch Dernburg B.G.B. II. S. 289.

[3]) Diese Auffassung des Kompensationszustandes werden wir im folgenden als das Prinzip der suspensiven Tilgung bezeichnen.

Aus diesem Prinzip würde nach Schollmeyer[4] sich ergeben, dass auch nach geschehener Tilgung noch aufgerechnet werden könnte. Es bleibe hier noch unerörtert, ob nicht in letzter Konsequenz, sobald man die Forderungen einmal als getilgt ansieht, die nachträgliche Aufrechnung der Versuch ist, eine schon aufgehobene Forderung noch einmal zu vernichten.

Wir brauchen vorläufig diese Frage noch nicht zu erörtern, da wir zur Verwerfung des Prinzips der suspensiven Tilgung kommen werden. Mit Recht macht Kipp[5] gegen diese Theorie geltend, sie sei ein durch nichts gerechtfertigtes Abweichen von der Meinung, die im B. G. B. zum „klaren Ausdruck gebracht" ist. Denn, so möchte ich fortfahren, wenn § 389 sagt, dass die Forderungen in der Vergangenheit als erloschen nur gelten, so ist darin enthalten, dass sie in der Vergangenheit nicht schon real getilgt sind. Sie sind also auch nicht suspensiv getilgt, d. h. in einer Weise, die sich nachträglich als schon geschehene Tilgung bloss manifestiert. Wenn ferner diese suspensive Tilgung nach Analogie der gesetzlichen Suspensivbedingung aufzufassen ist,[6] so vermag diese Theorie die Erscheinungen aus dem Kompensationsrecht überhaupt nicht zu erklären. Denn bei einer rechtsgeschäftlich bedingten Tilgung tritt gemäss § 158[7] diese Tilgung ohne Rückwirkung ein. Wenn also diese suspensive Tilgung der gesetzlichen Suspensivbedingung entspräche, so würde eben die Tilgung der Obligationen im Moment der Erklärung und nicht im Moment der Koexistenz der Forderungen erfolgen. Sofern also diese Theorie ihrer Suspensivbedingung die gesetzliche zu Grunde legt, so kommt sie einerseits mit sich selbst in Widerspruch, da ja die Forderungen eben nicht im Moment der Koexistenz getilgt sind. Sie kommt andererseits auch mit dem B. G. B. in Widerspruch, das ja nach der erklärten Aufrechnung die Verhältnisse so geregelt haben will,[8] „wie wenn die Forderungen schon vom Beginn der Aufrechnungsmöglichkeit er-

---

[4]) S. 338.
[5]) S. 439.
[6]) Kipp S. 439.
[7]) Kipp S. 439.
[8]) Kipp S. 439.

loschen wären." Wenn man aber diese suspensive Tilgung nicht nach Analogie der gesetzlichen Suspensivbedingung behandelt, so sind eben die Forderungen getilgt unter einer Bedingung, von der es noch zweifelhaft ist, ob sie eintreten wird, also in Wahrheit bis zur Aufrechnungserklärung „noch nicht getilgt". „Man kann das Wesen der angeblich suspensiven Tilgung (zum Unterschied von der rechtsgeschäftlichen) nur dadurch erklären, dass man auf die rückwirkende Kraft der Aufrechnungserklärung hinweist, während andererseits diese rückwirkende Kraft verständlich ist, auch ohne dass man den Begriff der suspensiven Tilgung zu Hilfe nimmt."[9]

Gegen die suspensive Tilgung der kompensabelen Forderungen scheint mir auch § 268 zu sprechen, und in entsprechender Anwendung auch der § 1249, also diejenigen Fälle, wo der Zahlende in das Recht des Schuldners subrogiert ist.[10]

Der Fall des § 268 liegt doch so: Ich habe eine Forderung gegen A, A hat eine solche gegen B, und A betreibt nun die Zwangsvollstreckung in einen von mir besessenen Gegenstand des B; in welchem Moment soll hier meine Forderung suspensiv getilgt sein? Etwa in dem Augenblick, wo B dem A verpflichtet wurde? Da besitze ich vielleicht das Objekt der Zwangsvollstreckung noch nicht. Im Moment, wo ich den Besitz erwerbe? Da war es vielleicht noch gar nicht sicher, dass ich aufrechnen würde, um die Zwangsvollstreckung zu verhindern. In dem Moment, wo ich den Entschluss zur Aufrechnung fasste? Doch sicherlich nicht; das Recht kann doch nicht in einem nicht geäusserten Willen basieren. In dem Moment, wo ich erkläre, dass ich aufrechnen will? Aber die Erklärung „ich rechne auf" führt doch zur definitiven, nicht zur suspensiven Tilgung.

---

[9]) Kipp S. 439.

[10]) Den Ausdruck „subrogiert" habe ich Kohler entnommen. Kohler XXIV. S. 7.

Dass die Aufrechnungserklärung nicht bloss deklaratorischen Charakter hat, lässt sich auch aus § 1376 entnehmen. Dieser handelt von der Verfügungsmacht des Ehemannes; sowohl Abs. 1 wie Abs. 3 enthält Bestimmungen über konstitutive Rechtsakte. Nun aber sollte der Abs. 2, der von der Aufrechnungserklärung des Ehemanns redet, von dieser als nur von einer deklaratorischen Erklärung sprechen?

Sofern man ferner annimmt, dass der Sprachgebrauch des B. G. B. betreffs des Worts „Aufrechnung" ein einheitlicher ist, also entweder nur den Aufrechnungsakt oder nur die Tilgung der Forderungen und zwar einheitlich bedeutet, so folgt gegen die Theorie der suspensiven Tilgung:

1. Bedeutet „A u f r e c h n u n g" einheitlich den Aufrechnungsakt, so folgt die Unhaltbarkeit des Prinzips der suspensiven Tilgung aus § 389; denn dann b e w i r k t der Aufrechnungsakt, also die menschliche Tätigkeit, den Untergang der Forderungen. Die Erklärung ist dann kausal für das Erlöschen der Forderung.

2. Bedeutet „Aufrechnung" aber einheitlich im B. G. B. die Tilgung der Obligationen, so würde diese Tilgung nach § 388 d u r c h die E r k l ä r u n g erfolgen. Dann aber wäre ein Kausalnexus zwischen der Erklärung und der Tilgung der Forderungen gegeben.

Wenn ferner die Anhänger der suspensiven Tilgung sich Deichmann[11] anschliessen, also im Falle des § 396 dem Kompensanten prinzipiell freies Wahlrecht unter den aufzurechnenden Forderungen zugestehen, so kommen sie meines Erachtens sogleich mit sich selbst in Widerspruch: so insbesondere Liebknecht[12] und Endemann.[13] Denn wenn im Falle des § 396 dem Kompensanten prinzipiell freies Wahlrecht unter den aufzurechnenden Forderungen zusteht, so können die Anhänger der suspensiven Tilgung doch nur konstruieren: Wenn A sechs Forderungen von je 100 gegen B hat, und B eine von 100 gegen A erwirbt, so sind in diesem Augenblick die sechs Forderungen des A suspensiv getilgt. Wenn nun aber A mit

---

11) S. 586 in Gruchots Beiträgen. Bd. XLII.
12) Vorbehaltszahlung S. 111 und 108.
13) S. 644 und 648.

einer seiner Forderungen gegen die eine Forderung des B aufrechnet, so würden an sich die fünf anderen Forderungen des A suspensiv getilgt bleiben. Da sie aber von dieser suspensiven Tilgung befreit werden, so liegt in der Erklärung des A, mit einer seiner sechs Forderungen gegen die eine des B aufzurechnen, die Befreiung der fünf anderen Forderungen von der suspensiven Tilgung. Insofern also, als diese Aufrechnungserklärung die fünf Forderungen des A von der suspensiven Tilgung b e f r e i t, liegt ein k o n s t i t u t i v e s Moment in der Wahl- bezw. Aufrechnungserklärung. Man wende nicht ein, dass diese Befreiung dadurch herbeigeführt wird, dass den fünf Forderungen keine Gegenforderung mehr entgegensteht. Denn dafür, dass ihnen keine Gegenforderung entgegensteht, ist kausal die vorgenommene Wahlerklärung. Wenn aber diese Erklärung eine Kausalitätsreihe entwickelt, welche die fünf Forderungen von der suspensiven Tilgung befreit, so ist sie selbst kausal für die Befreiung der fünf Forderungen von der suspensiven Tilgung. Insofern also, als die Wahlerklärung des A die 5 Forderungen derart befreit, ist sie sicherlich nicht rein deklaratorisch.

Dass sie ferner nicht bloss deklaratorisch ist, ergibt sich aus ihrer Kondizierbarkeit. Denn der § 390 handelt nur von der Forderung, mit w e l c h e r aufgerechnet wird,[14] also nicht von der, g e g e n welche aufgerechnet wird. Für diese bleibt vielmehr § 387 massgebend. G e g e n eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, k a n n also aufgerechnet werden. Denn der Gläubiger der nicht affizierten Forderung kann nach § 387 aufrechnen, sobald er die Leistung bewirken und die Gegenleistung fordern kann. Dass er als Gläubiger einer nicht mit einer Einrede affizierten Forderung deren Erfüllung verlangen kann, ist klar, ebenso aber auch, dass er als Schuldner der affizierten Forderung diese erfüllen kann.[15] Sobald aber ein Teil die Leistung verlangen und die Gegenleistung bewirken

---

[14]) So Siber S. 90–92, Hellmann Krit. Vierteljahrsschrift Bd. XLII. S. 51, vgl. auch Schollmeyer S. 341. Die Kondizierbarkeit nimmt auch Kohler XXIV. S. 20 an, der die Aufrechnungsmöglichkeit gegen eine nichtige Forderung voraussetzt und dann die condictio indebiti konstruiert. Vgl. hierzu auch Planck S. 173.

[15]) Planck S. 173.

kann, darf er aufrechnen. Also kann der Gläubiger der nicht exceptionsmässig affizierten Forderung aufrechnen.[16] Diese Aufrechnung ist „wirksam". Der aufrechnende Schuldner kann aber, wenn er in Unkenntnis seiner Einrede die Aufrechnung vornahm, sie kondizieren (§ 813).[17] Nimmt man aber an, dass die Aufrechnung kondiziert werden kann, so kann sie nicht bloss deklaratorisch sein.

Die Anhänger der Theorie von der suspensiven Tilgung könnten sich vielleicht auf § 390, 357 und 406 stützen. So glaubt denn auch Liebknecht,[18] die suspensive Forderungstilgung damit halten zu können, dass er argumentiert: „eine verjährte Forderung sei nach § 222 nur eine „Naturalobligation"; diese bilde aber nicht das Kompensationsobjekt; das ergebe sich daraus, dass die beiden Forderungen zu einer Zeit, wo beide noch nicht verjährt waren, sich einmal als kompensabel gegenübergestanden haben müssten; demnach werde nicht jetzt im Moment der Kompensationserklärung kompensiert, sondern es sei bereits kompensiert im Moment der Koexistenz und zwar „potestativ" suspensiv. Berufe sich die Partei darauf, so trete die Bedingung ein, die Kompensation sei perfekt." — Ich nehme demgegenüber an, dass das Kompensationsobjekt des § 390 doch die verjährte Forderung bildet. Denn nachdem das B. G. B. § 390 gesagt hat, die einredebehaftete Forderung sei nicht Kompensationsobjekt, macht es von diesem Satz eine Ausnahme zu Gunsten der verjährten Forderung („schliesst nicht aus"). Wenn es aber eine Ausnahme davon macht, dass gewisse Forderun-

---

[16]) Auch die Gegner müssen zu diesem Ergebnis kommen; denn es ist eine Konsequenz aus einer positiven Norm, dem § 390.

[17]) Dieser Konsequenz können in Anbetracht des in der vorigen Anmerkung Gesagten die Gegner nur entgehen, wenn sie erklären, dass die Willenserklärung, welche die suspensive Tilgung zu einer definitiven macht, nicht Leistung im Sinne des § 813 sei. Dann aber kommen sie zu dem jedem Rechtsgefühl widersprechenden Ergebnis: bei einer mit einer exceptio perpetua behafteten Forderung könne die in Unkenntnis der Einrede bewirkte Zahlung durch die condictio wirtschaftlich paralysiert werden, während die nämliche, aber nur im Wege der Aufrechnung herbeigeführte Vermögensverschiebung eine definitive bliebe.

[18]) Vorbehaltszahlung S. 109.

gen nicht Kompensationsobjekt seien, so besagt dies für die Ausnahme doch, diese sei Kompensationsobjekt. Mit anderen Worten: Die verjährte Forderung ist Kompensationsobjekt. Bei diesem Ergebnis möchte ich umsomehr bleiben, als das B. G. B. sogleich fortfährt: „wenn die verjährte Forderung etc. noch nicht verjährt" war. Wenn das B. G. B. nicht die verjährte Forderung als Kompensationsobjekt ansehen würde, welchen Sinn hätte dann die stilistisch gewiss unschöne Wiederholung „verjährte Forderung"? An eine Verwechselung mit der Gegenforderung ist dem Zusammenhang nach nicht zu denken. Diese Verwechselung sollte mit der Wiederholung sicherlich nicht verhütet werden. Doch zurück zu unserem Gedankengang! B. G. B. § 390 Satz 1 sagt: Einredebehaftete Forderungen sind nicht Kompensationsobjekt. Davon ist Satz 2, Hauptsatz, eine Ausnahme: Die verjährte Forderung ist Kompensationsobjekt. Die verjährte Forderung ist aber nicht schlechthin Kompensationsobjekt, sondern nur unter gewissen Umständen, die der Konditionalsatz des § 390 angibt. — Über den zeitlichen Eintritt des Kompensationszustandes schweigt § 390. Bei Aufrechnung einer verjährten Forderung wird diese nicht getilgt, weil sich die Forderungen früher einmal kompensabel gegenübergestanden haben, sondern weil sie sich jetzt kompensabel gegenüberstehen, sofern eben die Bedingung gegeben ist, unter der die verjährte Forderung Kompensationsobjekt ist.

Der § 390 scheint also nicht für die Theorie der suspensiven Tilgung zu verwerten zu sein. Aber selbst wenn er für das Prinzip der suspensiven Tilgung scheinbar spräche, so muss man doch beachten, dass dieser Paragraph durch seine Entstehungsgeschichte deutlich als Ausnahmenorm charakterisiert ist. Der I. Entwurf enthielt keine derartige Bestimmung über die verjährte Forderung. Die II. Lesung nahm diese Bestimmung auf, weil im Leben der Schuldner sich schon durch den nachträglichen Erwerb der Gegenforderung für befriedigt hält. Durch die Bestimmung des § 390 sollte verhindert werden, dass der rechtskundige Teil den rechtsunkundigen nach vollendeter Verjährung der Gegenforderung durch Einklagen seiner Forderung schädige.

Scheinbar spricht auch für die Gegner § 357:

Macht der Gegner von seinem Rücktrittsrecht Gebrauch, so „ist der Rücktritt unwirksam", wenn der andere Teil aufrechnen konnte und dies unverzüglich tut.

Über den Begriff der Unwirksamkeit nach B. G. B. wage ich an dieser Stelle kein Urteil zu fällen. „Nur soviel ist gewiss, dass ein Geschäft nicht wirken kann, wenn es nicht gültig ist, sodann aber auch, dass es nicht gültig sein kann, wenn es gar keine Wirksamkeit ausübt."[19]

I. Wenn nun Unwirksamkeit in § 357 gleich Nichtigkeit ist, was nach Endemann[20] ja an sich möglich ist, so spricht der § 357 scheinbar mehr für die Gegner als für uns. Denn vom Standpunkt der suspensiven Tilgung würde die Aufrechnung den Untergang der Forderungen nur erklären, er würde tatsächlich bereits in der Vergangenheit vollendet sein. Dem Rücktritt s i n d damit die Voraussetzungen entzogen, er „i s t" und zwar real nichtig (= unwirksam). Würde § 357 etwa eine Konsequenz unseres Prinzips sein, so würde es unter der Voraussetzung, dass unwirksam und nichtig in concreto identische Begriff sind, niemals heissen können: Der Rücktritt „i s t" unwirksam, sondern nur er „g i l t" als unwirksam. Nach unserer Theorie werden ja nicht die Forderungen in der Vergangenheit real durch die Erklärung getilgt, sondern gelten nur als in der Vergangenheit getilgt; dann aber kann der Rücktritt von unserem Standpunkt auch als unwirksam nur g e l t e n, es nicht s e i n. Denn die Voraussetzungen für den Rücktritt g e l t e n von unserem Standpunkt in der Vergangenheit als nicht gegeben, s i n d es aber nicht.

II. Nun kann aber auch an sich „unwirksam" in § 357 in engerem Sinne gebraucht sein, d. h. im Sinne von[21] [22]

---

[19]) Leonhard S. 41, Wahl bei der Wahlschuld, zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Wirksamkeit der Rechtsgeschäfte.

[20]) S. 316.

[21]) Leonhard, Allg. Teil 407. Vgl. auch Figge, Begriff der Unwirksamkeit S. 37.

[22]) Nur wenn „unwirksam" in diesem Sinne im § 357 gebraucht ist, wäre dieser für die Gegner zu verwerten. Denn nach ihrer Ansicht sind die Wirkungen mit der Koexistenz eingetreten; die Forderungen sind suspensiv getilgt; zur definitiven Tilgung der Forderungen und damit zur begrifflichen Unmöglichkeit eines Rücktritts fehlt nur noch die deklaratorische Aufrechnungserklärung. Wenn die Gegner sich also auf § 357 stützen wollen, so hätten sie darzutun, dass „unwirksam" im § 357 den im Text sub II angegebenen Sinn hat.

Abwesenheit einer Tatsache, die noch neben dem eigentlichen Geschäftsabschlusse für die Wirksamkeit nötig ist. Aber auch wenn „unwirksam" in diesem Sinne in § 357 gebraucht ist, so scheint er eher vom gegnerischen Prinzip hergeleitet zu sein. Denn es handelt sich um einen Fall der sogenannten ursprünglichen Unwirksamkeit; der Rücktritt „i s t" unwirksam, er „w i r d" nicht unwirksam.[23] Die Tatsache aber, welche die Wirksamkeit des Rücktritts hemmt, d. h. die Tilgung der Forderung, i s t nach Ansicht der Gegner in der Vergangenheit real gegeben. Nach unserer Ansicht g i l t nur diese wirkungshemmende Tatsache als in der Vergangenheit gegeben. Auch in dieser Bedeutung könnte der Rücktritt von unserem Standpunkt als unwirksam nur gelten, es nicht sein.

Welche Bedeutung also auch immer „unwirksam" im § 357 haben mag, immer scheinen wir zu dem Ergebnis kommen zu müssen, dass der § 357 gegen das von uns aufgestellte Prinzip zu sprechen scheint, aber nur scheint; denn darin stimme ich mit Schollmeyer[24] vollkommen überein, dass § 357 Ausnahmenorm und als solche gekennzeichnet ist durch das Wort „unverzüglich".[25] Hinzufügen möchte ich noch, dass aber auch vom gegnerischen Standpunkt der § 357 Ausnahmenorm ist. Denn wenn die Aufrechnungserklärung nur deklaratorisch ist, nur die bereits vollzogene Tilgung der Obligationen eben manifestieren soll, dann müsste sich ja dauernd zeigen können, dass dem Rücktritt die Voraussetzungen fehlten; die Aufrechnungserklärung müsste also dauernd möglich sein, nicht bloss unverzüglich. Insofern also scheinbar das Gesetz den gegnerischen Standpunkt in § 357 einnimmt, so nimmt es ihn auch nur ein, um ihn sogleich zu verlassen.

Die Gegner könnten sich auch auf § 406 stützen. „Der Schuldner kann eine ihm gegen den bisherigen Gläubiger zustehende Forderung auch dem neuen Gläubiger gegenüber aufrechnen." Vom Standpunkt der Theorie der

---

[23]) Siber S. 132 sieht „ist unwirksam" und „wird unwirksam" als identisch an und kommt so zu einem falschen Ergebnis.

[24]) S. 338.

[25]) Auf „unverzüglich" macht auch Dernburg B. G. B. II. S. 290 aufmerksam.

suspensiven Tilgung würde meines Erachtens die Konstruktion dieses Paragraphen auf zweierlei Weise möglich sein:

1. Habe ich eine Forderung gegen B auf 100, und erwirbt er am 1. Juni eine solche ebenfalls von 100 gegen mich, so sind die Forderungen am 1. Juni suspensiv getilgt. Dies würde eine am 1. Juli erfolgende Aufrechnungserklärung zeigen. Diese Erklärung kann dies aber auch dann zeigen, wenn die Forderungen cediert sind. Die Erklärung würde dann eben dartun, dass ein Nichtanspruch cediert ist. Konstruieren die Gegner etwa derartig, so müssen sie sofort eine Ausnahme zugeben. § 406 redet nämlich von „kann aufrechnen".[26] Das geschieht aber nach § 388 dem anderen Teile gegenüber; der andere Teil ist vom Standpunkt des Aufrechnenden der Gegner, von dem er die aufrechenbare Leistung verlangen kann. Dieser Gegner ist aber der Cedent, nicht der Cessionar. Ferner kann ja auf Grund von § 406 auch mit Forderungen aufgerechnet werden, die erst nach der Cession, „aber in Unkenntnis von ihr" erworben werden.[27] Da aber die erst nach der Cession entstehende Forderung im Moment der Cession noch nicht suspensiv getilgt sein kann, — sie existiert ja noch nicht — so müssten die Gegner auch bezüglich der erst nach der Cession entstandenen Forderungen eine Ausnahme zugestehen.

2. Die zweite Möglichkeit, § 406 vom gegnerischen Standpunkt aus zu konstruieren, wäre: die dem Cessionar gegenüber erfolgende Aufrechnung sei eine Einwendung im Sinne des § 404. Dagegen spricht aber auch das soeben geäusserte Bedenken.[28] Denn der Cessus kann nach § 404 nur die zur Zeit der Abtretung gegenüber dem Cedenten bestehenden Einwendungen dem Cessionar entgegenhalten, also doch wohl nicht mit einem erst nach der Cession entstandenen Anspruche aufrechnen (= Einwendung). Oder, um den Gedanken anders auszudrücken, konstruieren die Gegner § 406 als eine dem ursprünglichen Gläubiger gegenüber begründete Einwendung, so müssen sie nicht,

---

[26]) Schollmeyer S. 377.
[27]) Schollmeyer S. 377.
[28]) Schollmeyer S. 377.

wie § 404 verlangt, den Moment der Cession, sondern den Moment der Kenntnis von der Cession massgebend sein lassen, insoweit der Schuldner mit Forderungen aufrechnen darf, die erst nach der Cession, aber in Unkenntnis von ihr, seitens des Schuldners erworben sind. Man müsste insoweit für die „Einwendung“ aus § 406 den Moment der Kenntnis massgebend sein lassen, während nach § 404 der Moment der Cession entscheidend sein soll.

Das Ergebnis also ist: Gegen die Theorie der suspensiven Tilgung ergeben sich arge Bedenken. Drei Paragraphen könnten denkbarerweise zum Beweise für die Theorie der suspensiven Tilgung herangezogen werden: die §§ 390, 357 und 406. Von diesen scheidet § 390 aus. Im § 357 scheint diese Theorie zwar möglicherweise zum Ausdruck gekommen zu sein, § 357 stellt sich aber sogleich durch den Begriff „unverzüglich“ als Ausnahmenorm dar, als Ausnahme auch vom Standpunkt der Gegner. Im § 406 ist, wie die Gegner ihn auch konstruieren mögen, die Theorie der suspensiven Tilgung in wichtigen Beziehungen durchbrochen. Zudem ist nicht zu vergessen, dass in den §§ 357 und 406 die Aufrechnung sich nicht als solche uns zeigt, sondern in der Verbindung mit der Cession bezw. dem Rücktritt.

Auf dieser Grundlage kann man die Theorie der suspensiven Tilgung nicht aufbauen. Das Prinzip der suspensiven Tilgung ist gegenüber dem im § 389 klar ausgesprochenen Willen des Gesetzgebers nicht zu halten.

Aber selbst wenn die Theorie der suspensiven Tilgung das Prinzip wäre, auf dem die Aufrechnung des B. G. B. aufgebaut wäre, so müsste doch diese Theorie in dem § 387 die Voraussetzungen sehen, die gegeben sein müssen, damit die Erklärung die bereits geschehene Tilgung manifestieren kann. Dies ist aber nicht mehr der Fall nach geschehener Zahlung. Denn ist die Forderung des A getilgt, so schulden nicht mehr „zwei Personen“: ferner kann B die Leistung nicht mehr als eine ihm „obliegende“ bewirken. B. könnte nicht mehr die deklaratorische Erklärung abgeben, da es an deren Voraussetzungen auch vom gegnerischen Standpunkte fehlte.

III.

Besprechung der Kohlerschen Theorie; auch sie schliesst die Anwendung des § 812 aus.

Kohler[29] hält die Aufrechnung für eine Anweisung an den Schuldner des Inhalts: Zahle statt an mich, an dich selbst. Die vor der Aufrechnungserklärung bestehende „zivilistische Situation" bezeichnet er als „Vinkulierung"[30] der Forderungen; doch nicht[31] die Koexistenz der Forderungen wirke „zerstörlich", dazu bedürfe es des „aktigen Eingreifens". Schon dies eine Wort zeigt, dass Kohler im Prinzip mehr auf unserer Seite steht als auf der Seite der Theorie von der suspensiven Tilgung[32]. Dies zeigt sich aber noch deutlicher durch folgende Erwägung: Wenn ich den Schuldner anweise, an sich zu zahlen, so ist das forderungstilgende Element doch die in der Gegenwart erfolgende Anweisung. Ich kann meinen Schuldner doch nur anweisen, jetzt an sich zu zahlen, nicht aber, bereits an sich gezahlt zu haben. Die Anweisung ist notwendig konstitutiv, nicht deklaratorisch. In ihrer Anwendung führt denn auch die Kohlersche Theorie zum nämlichen Resultat wie die unserige. Denn wir würden notwendig zu dem Ergebnis kommen, dass die geschehene Zahlung ein „aufrechnungshindernder Akt" ist. Denn so folgert auch Kohler[33]: Zahlt der Schuldner an mich, so kann ich ihn nicht mehr anweisen, er solle an sich, statt an mich zahlen. Ich habe ja keine Forderung mehr gegen den Schuldner, betreffs deren ich ihn zur Zahlung anweisen kann. Kann — so möchte ich weiter folgern — ich aber den Schuldner nicht mehr anweisen, an sich zu zahlen, da nur noch seine Forderung besteht, so hört mit dem Untergang der einen Forderung auch die zivilistische Situation zwischen den Forderungen auf und mit ihr die „Vinkulierung". Weise ich den Schuldner an, nachdem sein Anspruch getilgt ist, er solle an sich zahlen, so ist dies

---

29) XXIV. S. 3.
30) S. 32. ibid.
31) S. 35. ibid.
32) Oertmann glaubt allerdings (Kommentar S. 114), dass Kohler mehr auf dem Standpunkt der Theorie der suspensiven Tilgung steht.
33) XXIV. S. 23.

also irrelevant. Eine Nachholung der Aufrechnung ist unmöglich. Die so erfolgende Anweisung (= Aufrechnungserklärung) kann also der geschehenen Zahlung nicht mehr die causa entziehen, wodurch etwa eine Anwendung des § 812 Abs. 1 Satz 2 herbeigeführt werden sollte.[34]

Ohne dass man die Aufrechnung nachholt, ist aber § 812 gar nicht anzuwenden. Denn der Gläubiger hat einen Anspruch auf Zahlung. Sie erfolgt nicht ohne rechtlichen Grund. Auf diesen Anspruch des Gläubigers wirkt auch nicht die Vinkulierung, die vor der Zahlung bestand. Denn diese zivilistische Situation ist „kein Recht oder Rechtsverhältnis".[35] [36]

IV.

Der geschehenen Zahlung kann auch nicht nachträglich die causa entzogen werden.

Kipp[37] sucht die Anwendung des § 812 auf andere Weise zu rechtfertigen. So gut, wie man wegen Irrtums trotz der Erfüllung einer Forderung noch anfechten und so der geschehenen Zahlung die causa entziehen könne (§ 142), so müsste man doch analog auch die rückwirkende Aufrechnungserklärung auch nach der Zahlung einer der Forderungen vornehmen können. Hierdurch würde der geschehenen Zahlung die causa entzogen werden. Man wird, glaube ich, dies nicht gelten lassen; man könnte entgegenhalten, die Anfechtung bewirkt, dass die betreffende Obligation von Anfang an als nichtig anzusehen ist,

---

[34]) Damit ist nicht zu verwechseln der von Kohler S. 20. XXIV. behandelte Fall, wo der Anweisende einen Anspruch gegen den Angewiesenen, dieser aber nicht eine Forderung gegen den Anweisenden hat. Hier kommt Kohler zur Gewährung der condictio indebiti. In dem im Text behandelten Fall hat der Anweisende keinen Anspruch, in dem bei Kohler S. 20 behandelten Fall hat der Anweisende einen Anspruch gegen den Angewiesenen

[35]) XXIV. S. 32

[36]) Kohler kommt allerdings zu einem anderen Ergebnisse; er verweist auch für das B. G. B. auf seine Abhandlung XX. S. 18, wo die condictio indebiti für das römische Recht gefolgert ist.

[37]) S. 441. Vgl. auch Oertmann (Kommentar) S. 116. Inwiefern eine Differenz zwischen beiden besteht, siehe am Schlusse dieses Abschnitts.

hingegen die Aufrechnung, dass die Forderungen mit der Koexistenz als getilgt gelten, während sie tatsächlich vor und auch nach der Koexistenz bestanden. Darin besteht die Analogie und auch der Unterschied. Die Anfechtungserklärung ist auch nach geschehener Zahlung noch zulässig, die Aufrechnungserklärung wohl aber auf Grund von § 387 nicht mehr. Denn wenn man voraussetzt, dass die Aufrechnungserklärung der geschehenen Zahlung die causa entziehen soll, also annimmt, dass zur Zeit der Aufrechnungserklärung die eine Forderung getilgt ist, so fehlt es im Augenblick der Aufrechnungserklärung an dem Moment der gegenseitigen Schuld. Denn wenn die Forderung des B getilgt ist, so wird sie nicht mehr geschuldet. Wird aber nicht mehr die Leistung des A, sondern nur noch die des B geschuldet, so ist von „einander schulden" keine Rede (§ 387). Dementsprechend ermangelt es natürlich auch der subjektiven Beziehungen. Nach geschehener Zahlung schuldet nur noch der B. Es schulden nicht „zwei Personen" (§ 387). Da es nun aber an zwei Voraussetzungen für die Aufrechnung fehlt, möchte ich die nach der Zahlung erfolgende Aufrechnungserklärung für irrelevant erachten. Wenn den Voraussetzungen des § 387 nicht genügt ist, so bewirkt die Erklärung „aufrechnen zu wollen" nicht, dass die Forderungen schon für den Beginn ihrer Koexistenz als erloschen gelten. Ist dies aber nicht der Fall, so kann durch die nach der Tilgung der Forderung erfolgende Aufrechnungserklärung der Zahlung nicht die causa entzogen, also auch nicht § 812 angewendet werden.

Im übrigen ist Kipps[38] Auffassung nicht zu verwechseln mit der Auffassung der Anhänger des Prinzips der suspensiven Tilgung. Bei letzterer soll die nachträglich erfolgende Aufrechnung manifestieren, dass eine Schuld nicht bestand, dass also auf eine Nichtschuld gezahlt wurde. Bei Kipps Konstruktion ist auf eine Schuld gezahlt; dieser soll nachträglich die causa entzogen werden.

Man könnte ja auch, was bisher noch nicht geschah, — die Unmöglichkeit der Konstruktion liegt auf der Hand — der geschehenen Zahlung dadurch die causa entziehen

[38]) S. 441.

wollen, dass man den Erfüllungsvertrag[39] auf Grund von § 119 wegen Irrtums anfechten wollte. Das objektive Kriterium der verständigen Würdigung des Falls würde dem Zahlungsempfänger den Schutz gewähren, den die gemeinrechtlich nach der herrschenden Doktrin erforderliche Entschuldbarkeit[40] des Irrtums gewährte. Von den Bedenken, die einer Begründung der condictio indebiti auf Grund einer Anfechtung (§ 119) entgegenstehen, sei hier nur erwähnt: Nach § 119 wird verlangt, dass der Anfechtende eine Erklärung dieses Inhalts nicht abgeben wollte oder über den Inhalt der Erklärung irrte. Der Verlust des Kompensationsrechtes ist aber nicht Inhalt der Erfüllungsofferte, sondern mittelbare Konsequenz der vollzogenen Erfüllung. Über den Inhalt der Erfüllungsofferte irrt der Schuldner nicht. Eine Erklärung dieses Inhalts will er auch abgeben. Denn beachtlich sind die „intellektuellen Akte“ nur, „soweit sie im Rechtsgeschäft zum Ausdruck kommen.“[41]

2. Kapitel.
§ 813.

I.

§ 813 kann nicht angewendet werden, weil der Begriff der Aufrechnung sich nicht mit dem der Einrede verträgt.

Die Motive Bd. II. S. 107 sagen ausdrücklich: Die Kompensationslage erzeuge keine „Einrede“ im materiellen Sinne, die vollzogene Kompensation erzeuge wie die Zahlung die materielle Einwendung, dass der Gläubiger befriedigt sei.[1] Eigentlich nur noch von Kuhlenbeck wird

---

[39]) Mit welchem Recht ich den Ausdruck „Erfüllungsvertrag“ gebrauche, darüber vgl. Endemann S. 624, Savigny III. S. 312.

[40]) Diese verlangt Erxleben S. 70, Witte S. 98, Voigt S. 635, Savigny III. S. 447, Windscheid S. 838.

[41]) Gareis, Kommentar zum Allg. Teil. I .S 142, vgl. auch Fischer-Henle § 119 Anm. 4, vgl. auch Endemann S. 303/4.

[1]) Vgl. auch James Goldschmidt bei Kohler u. Ring Bd. XV. S. 185

jetzt die Ansicht vertreten, dass nach B. G. B. die Aufrechnungssituation eine Einrede begründet.[2] Ich glaube nicht, dass gegenüber dem unzweideutigen Wortlaut des B. G. B. die Aufrechnung sich als Einrede halten lässt. Die Einrede ist ein Leistungsverweigerungsrecht,[3] die Aufrechnungssituation erzeugt ein solches nicht. Denn § 390 besagt: „Eine Forderung, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden." Würde die Aufrechnungssituation die Forderung des A und des B mit einer Einrede affizieren, so würde eben der Forderung des A und des B eine Einrede entgegenstehen (§ 390). Mit einer Forderung aber, der eine Einrede entgegensteht, kann nicht aufgerechnet werden. Da aber beiden Forderungen eine Einrede entgegenstehen würde, so könnte von Aufrechnung nicht die Rede sein. Oder mit anderen Worten: Sofern die Aufrechnungssituation die beiden Forderungen mit einer Einrede affizierte, könnte nur vertragsmässig aufgerechnet werden. Das Prinzip der einseitigen Aufrechnung wäre negiert.

Wenn ferner die Aufrechnungssituation eine Einrede begründen würde, dann wäre im § 357 derjenige, der sich den Rücktritt vertragsmässig vorbehalten hat, zu diesem Rücktritt nicht befugt,[4] da ja der andere Teil die Leistung verweigern könnte. Der prinzipielle Standpunkt des B. G. B. ist aber ein anderer. Prinzipiell ist der Rücktritt zulässig. Er ist unwirksam unter zwei Voraussetzungen:

1. dass der Aufrechnungsbefugte die Aufrechnungserklärung abgibt, und

2. dass er dies ohne schuldhaftes Zögern tut (cf. auch die Bestimmungen der §§ 554 und 581). —

Die Ausübung eines Einrederechtes vermag nie den Gegenanspruch bloss nach der Seite seiner subjektiven Beziehungen zu verändern; die Aufrechnung bewirkt[5]

[2]) Vgl. Kuhlenbeck II. S. 160/61, früher wie Kuhlenbeck auch Cosack. Anderer Meinung wie Kuhlenbeck insbesondere: Stammler S. 241, Planck 270/1, Kipp S 440, Matthiass S 410, Cosack 3. Aufl. S. 363/4.

[3]) Friedenthal S. 41.

[4]) Kipp S. 440.

[5]) Siber S. 130.

häufig den Übergang der Forderung, gegen die aufgerechnet wird: so insbesondere im Fall des § 268. Die Einrede betätigt sich nur in der Lähmung von Rechten, nicht auch in deren Übertragung.

Auch zeitlich steht die Einrede im Gegensatz zur Aufrechnung.[6] Denn im Fall der Cession[7] hat der Cessus dem Cessionar gegenüber die Einreden, die er zur Zeit der Abtretung gegen den Cedenten hat; für die entsprechende Aufrechnung ist der Moment der Kenntnis massgebend.

Würde die Aufrechnungssituation eine Einrede begründen, so müsste in Anbetracht des § 768 diese dem Bürgen zustehen. Es würde also nicht mehr der Bestimmung des § 770 bedürfen; denn sonst würde das B. G. B. im § 768 eine peremptorische Einrede dem Bürgen gegeben haben und ausserdem im § 770 eine dilatorische.[8] Dies ist nicht anzunehmen; vielmehr ist die Einrede des Bürgen aus § 770 eine dilatorische kraft eigenen Rechts, also nicht hergeleitet aus dem Recht des Hauptschuldners.[9] Der Bürge darf also auch dann die Einrede des § 770 geltend machen, wenn der Hauptschuldner überhaupt nicht, sondern nur der Gläubiger aufrechnen kann.

Die Einrede des Bürgen basiert auf positiver Norm, sie ist nicht eine Konsequenz der Aufrechnungsbefugnis des Hauptschuldners.

Kipp[10] ist der Ansicht, dass die Einrede des Bürgen hergeleitet ist aus dem Recht des Hauptschuldners, derart, dass der Bürge die Leistung nur dann verweigern kann, wenn der Hauptschuldner aufrechnen darf. Er beruft sich auf die Entstehungsgeschichte des § 770, insbesondere auf die Protokolle der 2. Kommission, S. 2519. „Es sei daran festzuhalten, dass der Bürge sich nur auf ein Verhältnis berufen kann, welches auch der Hauptschuldner würde geltend machen können." Gegenüber dem klaren Wortlaut des Gesetzes möchte ich dies aber nicht als massgebend

---

[6]) Siber S. 130.

[7]) Siber S. 106.

[8]) Siber S. 130, Kohler XXIV. S. 12, cf. Planck S. 514, Cosack S. 578, Endemann S. 864, Wach S. 6; vgl. auch Kipp S. 440.

[9]) Anderer Meinung: Kipp S. 440.

[10]) S. 441 cfr. auch Weissmann S. 41-42 ebenso die älteren Auflagen von Cosack S. 566 (seit der 3. Auflage ist er unserer Ansicht).

gelten lassen. Wenn Kipp[11] in dem Wort „fällig“ des § 770 seine Meinung bestätigt sieht, so möchte ich demgegenüber erwidern: Der Gläubiger der fälligen Leistung kann nach anerkanntem Grundsatze mit dieser der nicht fälligen Schuld gegenüber regelmässig aufrechnen (ebenso wie er regelmässig die nicht fällige Schuld bezahlen kann).[12] Wenn nun im § 770 nicht eine fällige Forderung des Hauptschuldners verlangt werden würde, so könnte ja der Bürge die Leistung auch dann verweigern, wenn die Forderung des Hauptschuldners erst in 10 Jahren fällig wird. Denn auch dann kann der Gläubiger regelmässig aufrechnen. Nun kann man aber die Aufrechnungsmöglichkeit mit einer Forderung, die in 10 Jahren fällig wird, doch nicht als Befriedigungsmöglichkeit bezeichnen. Die Einrede des Bürgen beruht aber nicht darauf, dass der Gläubiger aufrechnen kann, sondern dass er sich durch Aufrechnung befriedigen kann. Dazu gehört aber eine fällige Gegenforderung. — Zudem muss man bedenken, dass gerade das B. G. B. den Bürgen in dem denkbar weitesten Umfange schützen wollte. Wäre nun die Aufrechnungseinrede des Bürgen nur für den Fall gegeben, dass der Hauptschuldner aufrechnen kann, so wäre die Konsequenz: Der Bürge verliert seine Einrede, falls der Hauptschuldner seinen Anspruch cediert. Denn cediert der Hauptschuldner seinen Anspruch, so kann er nicht mehr aufrechnen.[13] So wäre denn der Bürge vollkommen in der Hand des Hauptschuldners, und das wollte gerade das B. G. B. sicherlich nicht.[14]

Keinesfalls aber, haben wir gesehen, ist nach B. G. B. durch die Aufrechnungssituation eine Einrede begründet. Damit ist aber auch die Anwendung des § 813 ausgeschlossen.

---

[11]) S. 441.

[12]) Vgl. Kohler XXIV. S. 37.

[13]) Weissmann S. 41-42 billigt allerdings scheinbar dieses Resultat.

[14]) Lippmann S. 555 a. a. O. hält die Einrede des Bürgen für eine peremptorische, kraft eigenen Rechts. Ich kann mich dem nicht anschliessen. Sagt doch das B. G. B. im § 202, nachdem es von der verzögerlichen Einrede gesprochen hat: Diese Vorschrift findet keine Anwendung. . . . „sowie auf die nach § 770 dem Bürgen und . . . . zustehenden Einreden“ Damit glaube ich die dilatorische Natur der Einrede des § 770 bewiesen zu haben.

II.

Besprechung des Versuchs, § 813 aus dem Gesichtspunkt der „facultas alternativa“ für anwendbar zu erklären.

Liebknecht hat die condictio bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis aus der „facultas alternativa“ herzuleiten versucht.[15] [16] Kipp[17] hält diesen Standpunkt an sich für möglich. In der Tat scheint diese Auffassung etwas für sich zu haben. Betrachten wir rein äusserlich ganz unbestrittene Fälle der „facultas alternativa“, also §§ 1973, 1992, 775, so finden wir stets, dass, nachdem von einer Verpflichtung die Rede war, durch ein „so kann“ die „facultas alternativa“ eingeleitet wird. Ähnlich steht es auch in §§ 268, 1142: „Die Befriedigung kann auch . . . durch Aufrechnung erfolgen.“ Auch § 1224 führt ähnlich die Aufrechnungsmöglichkeit ein; ja sogar der erste Paragraph des Titels „Aufrechnung“ scheint für die Annahme einer „facultas alternativa“ zu sprechen. „Schulden zwei Personen einander Leistungen . . . so kann . . .“ Das Wesen der „facultas alternativa“ besteht darin, dass eine Leistung „in obligatione“, die andere „in solutione“[18] ist. Dass die Aufrechnung Leistung ist, steht nach Kohlers Standpunkt kein Bedenken entgegen. Kohler sieht in der Aufrechnung ja eine Anweisung an den Schuldner zur Zahlung an sich selbst.[19] Auch von dem Standpunkt, den wir einnehmen, steht dem nichts im Wege. Vom Standpunkt der Theorie der suspensiven Tilgung könnte man die Erklärung, welche die suspensive Tilgung zu einer definitiven macht, allenfalls auch als Leistung betrachten. Aber ich glaube mit Kipp[20] annehmen zu dürfen, dass die „facultas alternativa“ eine peremptorische Einrede begründet. Schliesse ich mich aber bezüglich des Wesens der „facultas alternativa“ der herrschenden Meinung an, ja nehme ich sogar nur an, dass

---

[15]) Vorbehaltszahlung S. 109

[16]) cf. seinen Kompensationsvollzug S. 52, in dem er die Möglichkeit der Begründung der condictio aus der Natur der Wahlschuld behauptet.

[17]) S. 441.

[18]) Vgl. Windscheid S 24, Kipp. ibid. S. 28, Pescatore S. 266.

[19]) XXIV. S. 3

[20]) S. 31. Bd. II.

die „facultas alternativa“ eine dilatorische Einrede begründet, so zeigt sich sogleich, dass diese Auffassung wohl nicht zum Ziele führt. Denn begründet die „facultas alternativa“ eine Einrede, so würde jeder Forderung eine Einrede entgegenstehen. Nach § 390 können aber Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden. Dazu ein Beispiel: A hat 1000 von B zu fordern. B hat dieser Forderung gegenüber eine Einrede (facultas alternativa). Und auf der anderen Seite: B hat 1000 von A zu fordern; aus dem Gesichtspunkt der „facultas alternativa“ stände auch dieser Forderung eine Einrede entgegen. Da nun nach § 390 Satz 1 Forderungen, denen eine Einrede entgegensteht, nicht aufgerechnet werden können, beiden Forderungen aber eine Einrede entgegenstehen würde, so wäre die Konsequenz: Verneinung der einseitigen Aufrechnung als Rechtsinstitut.

Excurs: Nimmt man aber an,[21] dass die „facultas alternativa“ keine Einrede begründe, sondern „zur Substanz der Forderungen“ gehöre, — eine Anschauung, die ich nicht teile — so kommt man zu dem nämlichen Ergebnis. Denn auch dadurch würde man eine Anwendung des § 812 nicht rechtfertigen können. Denn, wenn die einzige Leistung, die „in solutione“ ist, nämlich Zahlung, geleistet wird, so kann man m. E. nicht sagen, dass der Gläubiger die Leistung ohne rechtlichen Grund erlangt hat.[22] Ebensowenig kann man sagen, dass der mit dem Rechtsgeschäft der Zahlung bezweckte Erfolg nicht eingetreten ist. Denn der Schuldner wird ja liberiert.

III.

Auch eine analoge Anwendung des § 813 ist unmöglich.

Weissmann[23] hat den § 813 analog anwenden wollen: vom Moment der Aufrechnungssituation könne der Schuldner wider seinen Willen nicht zur Zahlung gezwungen werden; das gehe noch über die Kraft der Einrede

---

[21]) Siber S. 105, vgl. hierzu auch Dernburg II. S. 103.
[22]) cf. auch Siber S. 133.
[23]) S. 35.

hinaus; aus diesem Gesichtspunkte sei § 813 analog anzuwenden. Auch diesen Analogieschluss möchte ich nicht machen. B. G. B. § 813 verlangt eine Einrede, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wird. Das Aufrechnenkönnen ist nach dem deutlichen Willen des Gesetzgebers grundverschieden von der Einrede. Das Aufrechnen k ö n n e n hat auf den Anspruch gar keinen Einfluss. Der blosse Wille des Schuldners schliesst den Anspruch nicht aus. Eine Wirkung hat nur das Aufgerechnet - h a b e n, und dies vernichtet die Gegenforderung. — Das blosse Nichtleisten w o l l e n des Schuldners ist irrelevant. Zudem erscheint mir die Formulierung, infolge der Aufrechnungssituation hänge die Leistungspflicht vom Willen des S c h u l d n e r s ab, als der erste Schritt, der zu der Theorie des Martinus zurückzuführen geeignet ist. Denn eine Obligation, deren Leistungspflicht von der Willkür des Verpflichteten abhängt, liegt jenseits der Grenze, von der ab die Obligation aufhört zu existieren.[24]

So komme ich denn zu dem Ergebnis, dass nach B. G. B. bei Zahlung in Unkenntnis der Aufrechnungsbefugnis die condictio indebiti nicht zu gewähren ist.

Schluss.

Die wirtschaftliche Bedeutung des Mangels der condictio indebiti.

Wir haben schon bei Behandlung der Frage nach gemeinem Recht gesehen, dass die condictio indebiti in unserem Falle ein Institut, wenn auch nicht von sehr grosser,

---

[24]) Kann man von einer Obligation reden, sofern sie von der Willkür des Verpflichteten abhängt? darüber vgl. Endemann S. 504.

so doch immer von einiger praktischer Bedeutung ist. Dies Rechtsinstitut hat das B. G. B. beseitigt.

Gewiss wird es mir unbillig erscheinen, wenn ich Vertragsstrafe und Zinsen mit dem Kapital gezahlt habe und dann höre, ich hätte mich von beiden durch Aufrechnung befreien können. Aber die Frage hat auch ihre andere Seite. Gerade mit Rücksicht auf § 390 wäre die condictio indebiti geeignet, in lange bestehende Verhältnisse einzugreifen. Um einen krassen Fall zu nehmen: Am 1. Januar 1900 hat Agerius einen Anspruch von 100 gegen Negidius erworben. Im Jahre 1929 erwirbt dann Negidius einen Gegenanspruch von 100. Agerius verarmt, und, wieder zu Vermögen gekommen, bezahlt er vielleicht 1958 Kapital und Vertragsstrafe, ohne an seine Aufrechnungsbefugnis zu denken. Agerius hätte ja, anstatt zu zahlen, aufrechnen können mit seiner am 1. Januar 1900 gegen Negidius erworbenen Forderung, und sich so von der vielleicht bedeutend höheren Vertragsstrafe und der Zahlung der Zinsen befreien können. Soll er wirklich noch lange Jahre, nachdem er gezahlt hat, vielleicht kurz bevor die condictio indebiti verjähren würde, diese anstellen können und Verhältnisse zur Sprache bringen, die vor vielen Jahrzehnten entstanden sind?

Aber noch ein Moment ist zu beachten: Der Beklagte hat ja dem Kläger nach durchaus anerkannter Doktrin[1] den Gegenbeweis dafür zu erbringen, dass Kläger in Kenntnis seiner Nichtschuld gezahlt hat. Wenn der Zahlungsempfänger, der die Verhältnisse definitiv geregelt glaubte, das Beweismaterial hierfür vernichtete, so ist doch nach so langen Jahren der Schutz des § 814 ein recht problematischer.

Ziehen wir die Summe, so ist das Resultat: In der Mehrzahl der Fälle ist es gleichgültig, ob ich „ex mutuo“ oder mit der condictio indebiti das Geld erhalte. In einigen Fällen wird das Fehlen der condictio als ein Mangel im wirtschaftlichen Leben empfunden werden; in seltenen Fällen wird die condictio zum Eingriff in Verhältnisse führen, die durch die Zeit definitiv geregelt sein sollten.

---

[1]) Planck S. 586, Matthiass S. 701, Endemann S. 898.

Wenn mir ein Urteil zustehen würde, so möchte ich sagen: Beiden Seiten der Frage hätte das B. G. B. am besten dadurch genügt, dass es, für das Geltendmachen der condictio indebiti eine kurze Ausschlussfrist statuierend, zur Regelung dieser Frage eine Bestimmung getroffen hätte, die § 357 nachgebildet wäre.